Das

Selbstkontrahiren des Stellvertreters

nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt

der

hohen juristischen Facultät

der

Kgl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

von

Hermann Viefhaus,

Referendar.

ERLANGEN.

K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).

1895.

Das

Selbstkontrahiren des Stellvertreters

nach gemeinem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt

der

hohen juristischen Facultät

der

Kgl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

von

Hermann Viefhaus,

Referendar.

ERLANGEN.

K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).

1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543501_0126

Disposition.

I. § 1.

Das Selbstkontrahiren des Stellvertreters im eigentlichen und uneigentlichen Sinne (Vertragsschluss des Stellvertreters mit sich selbst — einseitiges, aber mit Vertragswirkungen verbundenes Rechtsgeschäft des Stellvertreters). Kurze Uebersicht über die verschiedenen Theorieen.

II. § 2.

Die Unmöglichkeit eines wirklichen Selbstkontrahirens des Stellvertreters, d. h. eines Vertragsschlusses des Stellvertreters mit sich selbst.

III.

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahirens des Stellvertreters im Sinne eines einseitigen, aber Vertragswirkungen erzeugenden Rechtsgeschäfts des Vertreters nach dem Rechte der justinianeischen Codification.

§ 3.

1) Allgemein ist das Selbstkontrahiren des Stellvertreters nicht zugelassen worden; Gründe hierfür.

2) Dagegen ist dasselbe in einzelnen Fällen anerkannt worden.

§ 4.

a) Einseitige Solutionstraditionen einer Person an sich selbst als Vertreter einer andern.

§ 5.

b) Solutionen des Vertreters einer Person als solchen an sich selbst als Privatperson.

§ 6.

c) Die einseitige Entnahme eines Darlehens aus dem Vermögen des Vertretenen seitens des Vertreters.

§ 7.

d) Naturalkauf von Sachen des Vertretenen seitens des Stellvertreters in der von dem letzteren abgehaltenen Auktion.

IV. § 8.

Die Zulässigkeit des Selbstkontrahirens im uneigentlichen Sinne nach heutigem gemeinen Rechte.

§ 1.

Seit dem Erscheinen der Abhandlung Römers: „Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst“ [1]) ist die Frage lebhaft erörtert worden, ob und in wie weit der Stellvertreter einer Person nach gemeinem Rechte mit sich kontrahiren könne, d. h. ob es möglich und nach gemeinem Rechte zulässig sei, dass der Stellvertreter jemandes in seiner Eigenschaft als Stellvertreter mit sich als Privatperson, dass ferner der gemeinschaftliche Stellvertreter zweier Personen als Vertreter der einen mit sich als Vertreter der andern einen Vertrag schliesse.

Eine herrschende Meinung in dieser Materie hat sich bisher nur insoweit gebildet, als es sich um den mittelbaren oder indirekten Stellvertreter handelt. Fast allgemein hat man es nämlich nicht nur für unzulässig, sondern auch für rechtlich unmöglich erklärt, dass ein solcher Vertreter mit sich in der oben erwähnten Weise kontrahire [2]).

Dagegen ist eine Einigung über die Frage, ob ein Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters möglich und nach gemeinem Rechte statthaft sei, bis jetzt noch nicht erzielt worden, vielmehr stehen sich hier die Meinungen der Schriftsteller schroff gegenüber.

---

1) In Goldschmidts Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Band 19 Seite 67 ff.

2) Die entgegengesetzte Ansicht wird unseres Wissens nur von Grünhut: „Das Recht des Commissionshandels“ Seite 486 verfochten.

Einige Autoren, insbesondere Bechmann[1]), Lepa[2]), Muskat[3]), O. Bähr[4]), Regelsberger[5]) und Eccius[6]) bestreiten entschieden, dass ein Vertragsschluss des direkten Stellvertreters mit sich selbst möglich sei; sie behaupten, ein Selbstkontrahiren des Stellvertreters, des indirekten sowohl wie des direkten, sei mit der Rechtslogik unvereinbar, nach psychologischen Grundsätzen undenkbar.

Von der andern Seite wird die Möglichkeit eines Vertragsschlusses des direkten Stellvertreters mit sich selbst als etwas Selbstverständliches, sich aus der Natur der Sache und dem Prinzipe der direkten Stellvertretung von selbst Ergebendes bezeichnet. Dieser Standpunkt wird namentlich von Römer[7]), dem Reichsgerichte[8]), von Hahn[9]), Kohler[10]), Dernburg[11]), Mitteis[12]) und Behrend[13]) vertreten.

Diese letzteren, die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters annehmenden Autoren

---

1) System des Kaufs nach gemeinem Recht Bd. II S. 286 ff.

2) Selbsteintritt des Kommissionärs S. 226 ff.

3) „Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst“ in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 33 S. 507 ff.

4) Gegenentwurf, zu § 118.

5) Pandekten § 149 N. 6.

6) Eccius, Preuss. Privatrecht I § 75 N. 17.

7) a. a. O. S. 68 ff.

8) Entscheidungen in Civilsachen Bd. VI S. 11 ff., Bd. IV S. 297, Bd. VII S. 119; Entsch. in Strafsachen Bd. IX S. 248 ff.

9) „Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäfte“ in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 29 S. 2 ff.

10) Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. I. Der dingliche Vertrag S. 1 ff.

11) Vormundschaftsrecht II. Aufl. S. 204; III. Aufl. S. 316 f. u. 169. Pfandrecht II. S. 163 u. 164.

12) Lehre von der Stellvertretung S. 197 u. 198.

13) Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I S. 344 u. 345.

sind wieder ganz verschiedener Ansicht über die Zulässigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts nach gemeinem Rechte.

Römer behauptet, dass ein Vertragsschluss des direkten Stellvertreters mit sich selbst nach diesem Rechte „ganz allgemein“ statthaft sei; ihm haben sich Kohler und von Hahn vollständig, das Reichsgericht im Allgemeinen, jedoch mit mehreren Modificationen angeschlossen[1]). Dernburg, Mitteis und Behrend dagegen erklären das Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters mit Rücksicht darauf, dass bei dem gleichzeitigen Auftreten desselben in verschiedenen Eigenschaften sehr häufig eine Kollision der Interessen der beiden Vertretenen bezw. der Interessen des Stellvertreters und derjenigen des Vertretenen stattfinden würde, nur in Ausnahmefällen für zulässig.

Die bisher erwähnten Theorieen gebrauchen den Ausdruck: „Selbstkontrahiren des Stellvertreters“ sämmtlich in seiner eigentlichen Bedeutung; sie verstehen darunter einen Vertragsschluss des Stellvertreters mit sich selbst. In einem etwas anderen Sinne ist das Wort „Selbstkontrahiren“ neuerdings von Rümelin in seiner ausführlichen, namentlich die gemeinrechtlichen Quellen sehr sorgfältig prüfenden Abhandlung[2]) angewandt worden. Seine Theorie ist folgende:

Ein Vertragsschluss des Stellvertreters, des indirekten sowohl wie des direkten, mit sich selbst ist unmöglich. Dagegen ist es sehr wohl denkbar, dass der Stellvertreter zwischen sich und dem Vertretenen bezw. zwischen zwei von ihm Vertretenen Vertragswirkungen d. h. Wirkungen, welche gewöhnlich nur durch den Abschluss eines Ver-

---

1) Entsch. in Civilsachen Bd. VI S. 16.

2) Das Selbstkontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Recht.

trages erzeugt werden, hervorzubringen vermag. Diese Wirkungen sind dann aber nicht auf einen vom Stellvertreter mit sich geschlossenen Vertrag — ein solcher ist unmöglich —, sondern auf ein einseitiges Handeln des Vertreters zurückzuführen. Selbstverständlich kann man nun nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgern, dass an ein einseitiges, wenn auch auf Herbeiführung von Vertragswirkungen gerichtetes, Handeln des Stellvertreters wirklich Vertragswirkungen geknüpft werden; man darf das Eintreten von Vertragswirkungen vielmehr nur dann annehmen, wenn es die Rechtsordnung ausdrücklich festgesetzt hat.

Rümelin prüft daher, um festzustellen, ob und in wie weit das gemeine Recht Vertragswirkungen durch einseitiges Handeln des Stellvertreters entstehen lasse, eingehend das gemeinrechtliche Quellenmaterial und kommt zu dem Resultate, dass das gemeine Recht in der That in sehr weitem Umfange [1]) an einseitige Rechtsgeschäfte Vertragswirkungen knüpfe.

Die Vornahme einseitiger, Vertragswirkungen erzeugender Rechtsgeschäfte seitens des Stellvertreters bezeichnet Rümelin nun mit Rücksicht auf den in der gemeinrechtlichen Doctrin einmal vorhandenen Sprachgebrauch mit dem Ausdrucke: „Selbstkontrahiren des Stellvertreters", obwohl nach seiner Meinung ein Vertragsschluss gar nicht stattfindet, und zwar nimmt Rümelin ein Selbstkontrahiren des Vertreters in dem erwähnten uneigentlichen Sinne dann als vorliegend an, wenn ein Vertreter d. h. eine Person, welche die rechtliche Macht hat, über ein fremdes Vermögen durch Verträge mit Dritten zu verfügen, diese Macht dazu benutzt, um die gleichen Wirkungen durch sein einseitiges Handeln zwischen sich und dem Inhaber des fremden Vermögens

1) a. a. O. S. 242.

oder zwischen diesem letzteren und einer dritten, gleichfalls von ihm (dem Stellvertreter) vertretenen Person herbeizuführen [1]).

§ 2.

Wir müssen uns nunmehr zunächst mit der Frage beschäftigen: Ist ein Selbstkontrahiren im eigentlichen Sinne des Wortes seitens des Stellvertreters möglich, d. h. ist es denkbar, dass der Stellvertreter als solcher mit sich als Privatperson bezw. mit sich als Vertreter eines Dritten einen Vertrag schliesst? [2])

Wie schon oben erwähnt, ist ein derartiges Selbstkontrahiren des indirekten Stellvertreters fast allgemein [3]) unter Verwerfung der Ansicht Grünhuts [4]) für unmöglich erklärt worden; unseres Erachtens mit vollem Recht. Der indirekte Stellvertreter kann ebenso wenig mit sich einen Vertrag schliessen, wie dies eine Privatperson mit sich als Privatperson zu thun vermag.

Dass das letztere möglich sei, ist noch von keiner Seite behauptet worden. Als Grund für die Unmöglichkeit des Selbstkontrahirens einer Privatperson wird von den meisten Autoren der Satz angeführt: Niemand kann Rechte gegen sich selbst erwerben. Aus diesem Satze folgt jedoch, wie Muskat [5]) zutreffend ausführt, nicht

---

1) a. a. O. S. 32. Ebenso Regelsberger, Pandekten I § 149.

2) Wir werden in diesem Paragraphen das Wort „Selbstkontrahiren" stets in der Bedeutung: „Vertragsschluss mit sich selbst" gebrauchen.

3) cf. auch Entscheidungen in Civilsachen Bd. V S. 59 f.

4) Derselbe behauptet, dass der von der Befugnis des Selbsteintritts gemäss § 376 des Handelsgesetzbuches Gebrauch machende Kommissionär mit sich selbst einen Vertrag schliesse. Grünhuts Meinung wird gebilligt in einem Urtheil des Oberappellationsgerichts Celle, mitgetheilt in Seufferts Archiv Bd. XX S. 413 ff.

5) S. 510 u. 511.

sowohl, dass ein Vertragsschluss einer Privatperson mit sich selbst unmöglich ist, als vielmehr, dass aus einem solchen Rechtsgeschäfte niemals eine Obligation entstehen kann. Aus dem genannten Grundsatze ergiebt sich also nur, dass das Selbstkontrahiren einer Privatperson, wenn es begrifflich möglich wäre, vollständig sinnlos sein würde, da es ohne jede Wirkung wäre. Der wahre Grund der Unmöglichkeit des Vertragsschlusses einer Privatperson mit sich selbst ist die Unvereinbarkeit eines derartigen Rechtsgeschäfts mit dem Wesen des Vertrages. Der Vertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft: zum Abschlusse desselben ist das Vorhandensein zweier Kontrahenten unbedingt erforderlich: pactum est duorum consensus atque conventio [1]). Ein Vertrag kann mithin nicht durch eine Person geschlossen werden.

Dieselben Erwägungen nun, die ein Selbstkontrahiren einer Privatperson als unmöglich erscheinen lassen, führen zu dem Ergebnisse, dass auch ein Vertragsschluss des indirekten Stellvertreters mit sich selbst undenkbar ist.

Der indirekte Stellvertreter handelt in eigenem Namen; er ist es, der aus den von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäften berechtigt und verpflichtet wird. „Der Prinzipal steht dem Geschäft als solchem so fern als jeder Dritte“ [2]). Erst nach dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts werden die für und gegen den Stellvertreter eingetretenen Wirkungen von diesem durch besonderen Rechtsakt auf den Prinzipal übertragen. Bei Abschluss des Rechtsgeschäfts tritt also der mittelbare Stellvertreter vollkommen als Privatperson auf.

Ein Selbstkontrahiren des indirekten Stellvertreters ist mithin ebenso wie dasjenige einer Privatperson un-

1) l. 3 pr. dig. de pollic. 50, 12.

2) Ihering: „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“ in den Jahrbüchern für Dogmatik, Jahrgang I, Bd. I S. 347.

möglich. In beiden Fällen ist es ausgeschlossen, weil der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, ein Rechtsgeschäft, das nur durch Zusammenwirken zweier Kontrahenten zu stande kommen kann.

Die Behauptung, dass der direkte Stellvertreter mit sich einen Vertrag schliessen könne, während allerdings das Selbstkontrahiren des indirekten Stellvertreters für unmöglich zu erachten sei, hat unseres Wissens zuerst Römer[1]) aufgestellt, wie er auch der erste ist, der die Frage des Vertragsschlusses mit der eigenen Person ausführlich erörtert hat. Vor ihm findet man in der Literatur[2]) nur kurze Bemerkungen des Inhalts, dass das Selbstkontrahiren des direkten Vertreters, abgesehen von einigen Ausnahmefällen, ausgeschlossen sei; man ersieht aus diesen Aeusserungen häufig nicht einmal mit genügender Deutlichkeit, ob ein Vertragsschluss des direkten Stellvertreters mit sich selbst als undenkbar, als ein Verstoss gegen die Rechtslogik oder nur als unzulässig, weil positiven Gesetzesbestimmungen zuwiderlaufend, betrachtet wird.

---

1) Keller, von Römer als Anhänger seiner Theorie angeführt, weist in seinen Pandecten II § 322 S. 46 ausdrücklich die Möglichkeit des Selbstkontrahirens zurück: „Dass der tutor oder procurator und dergleichen nicht Namens des Vertretenen an sich selbst verkaufen kann, hat seinen Grund schon in der Vereinigung zweier Personen, welche durch die Stellvertretung bewirkt wird, in der Trennung derselben, welche das Eingehen eines Vertrages voraussetzt und in dem Widerspruch zwischen diesen beiden Verhältnissen.“ cf. auch Sintenis: Civilrecht Bd. II S. 578 u. 605.

2) cf. Urtheil des 1. Senats des O.G. zu Wolfenbüttel in Seufferts Archiv Bd. 27 S. 65 und Erkenntniss des Reichsoberhandelsgerichts vom 17. Januar 1873 in Entsch. Bd. VIII S. 393.

Römer sucht seine Theorie in folgender Weise zu begründen:

Es ist allerdings unmöglich, dass eine Privatperson oder ein indirekter Stellvertreter mit sich einen Vertrag schliesst; denn niemand kann Rechte gegen sich selbst haben, „auf dem Gebiete des Vermögensrechtes setzt ein Recht und die dem Rechte korrespondirende Beschränkung begrifflich zwei verschiedene Vermögen voraus.“ [1]) Dieser Rechtsgrundsatz steht jedoch dem Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters durchaus nicht entgegen. In dem Falle, dass der direkte Stellvertreter mit sich als Privatperson einem Vertrag schliesst, will derselbe ja keine Rechte gegen sich, er will sie vielmehr gegen den Vertretenen erwerben; er will nicht sein eigener Gläubiger oder sein eigener Schuldner, sondern Gläubiger oder Schuldner des Vertretenen werden. Zwei verschiedene Vermögen sind vorhanden: das des Vertreters und dasjenige des Vertretenen. Das Wesen der direkten Stellvertretung besteht nun gerade darin, „dass die durch das vom Stellvertreter geschlossene Geschäft erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten nicht hindurchgehen durch die Person des Stellvertreters, sondern unmittelbar in der Person des Vertretenen entstehen.“ [2]) Deshalb will der Stellvertreter, wenn er mit sich kontrahirt, durchaus nichts Widerspruchsvolles.

Die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass hier ein Wille, der des Vertreters, den Vertrag zur Entstehung bringen soll; denn der Stellvertreter will etwas innerlich völlig Vereinbares, und „die Grenze des

1) S. 68. Darüber, dass die Unmöglichkeit des Selbstkontrahirens einer Privatperson oder eines indirekten Stellvertreters in Wirklichkeit auf einem andern Grunde beruht, vergl. oben S. 9 und 10.

2) S. 70.

Willens ist nur eine psychologische.“[1]) Ueberdies muss man beim Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters zwei Willen als das Rechtsgeschäft schliessend annehmen, da ja bei der direkten Stellvertretung der Wille des Vertreters als Wille des Vertretenen gilt.

Die gleichen Erwägungen treffen naturgemäss auch für den Fall zu, dass der gemeinsame direkte Vertreter zweier Personen als Vertreter der einen mit sich als Vertreter der andern einen Vertrag schliesst.

Auf Grund dieser Betrachtungen zieht Römer den Schluss, dass mit der Anerkennung der direkten Stellvertretung in einem Rechtssysteme die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters von selbst gegeben sei: dass mithin speziell im gemeinen Recht bei der hier vorhandenen prinzipiellen Zulassung der direkten Stellvertretung das Selbstkontrahiren ganz allgemein möglich sei[2]), während dasselbe nach römischem Rechte, wo bezüglich der direkten Stellvertretung das entgegengesetzte, nur in einigen Fällen durchbrochene Prinzip gegolten habe, nur ausnahmsweise habe stattfinden können.

1) S. 69.

2) Das Reichsgericht (Entsch. in Civilsachen Bd. VI S. 15 bis 17) billigt die Ansicht Römers bezüglich der Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters durchaus; es hält dasselbe aber nicht, wie Römer, nach gemeinem Rechte „für ganz allgemein“ statthaft, schränkt vielmehr die Zulässigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts durch folgende Bestimmungen ein. Ein Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters ist ausgeschlossen: 1) wenn gesetzliche Vorschriften es verbieten, 2) wenn die Vollmacht zur Vertretung sich nach dem erklärten oder zu vermutenden Willen des Machtgebers nicht bis auf ein Selbstkontrahiren erstreckt, 3) wenn es an der auch in diesem Falle erforderlichen gegenseitigen Erklärung des Vertragswillens mangelt. Endlich kann der vom Stellvertreter mit sich geschlossene Vertrag vom Vertretenen angefochten werden, wenn sich der Vertreter einer absichtlichen Benachtheiligung des Vertretenen schuldig gemacht hat.

Auf diese Ausführungen Römers, welche, wie schon erwähnt, auf der einen Seite Beifall gefunden, von anderer Seite dagegen scharfen Widerspruch erfahren haben, ist zunächst zu erwidern, dass aus dem Umstande, dass der direkte Stellvertreter durch einen Vertragsschluss mit sich selbst nicht Rechte und Verbindlichkeiten gegen sich, sondern gegen den Vertretenen erwerben will, durchaus nicht die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters gefolgert werden darf. Es ergiebt sich aus dem genannten Umstande nur, dass durch einen Vertragsschluss des direkten Stellvertreters mit sich selbst — die Möglichkeit eines derartigen Rechtsgeschäfts vorausgesetzt — wohl eine Obligation erzeugt werden kann, dass also das Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters — vorausgesetzt, dass es denkbar ist — nicht von vornherein als sinnlos erscheint, wie das Selbstkontrahiren einer Privatperson oder eines indirekten Stellvertreters, das ja, wie wir gesehen haben, — auch bei begrifflicher Möglichkeit — wegen der Unmöglichkeit des Entstehens einer Obligation völlig zwecklos sein würde. Die Möglichkeit des Vertragsschlusses des direkten Stellvertreters mit sich selbst kann dagegen daraus, dass der Satz: „Niemand vermag Rechte gegen sich selbst zu erwerben“ einem solchen Rechtsgeschäft nicht entgegensteht, in keiner Weise abgeleitet werden.

Um die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters zu prüfen, wird man vielmehr folgende Erwägungen anstellen müssen:

Ein Vertrag kann nur durch das Zusammenwirken zweier Kontrahenten zu stande kommen. Es ist in Folge dessen nur dann als denkbar zu bezeichnen, dass der direkte Stellvertreter mit sich einen Vertrag schliesst, wenn in Wirklichkeit auch bei diesem Vertragsschlusse zwei Kontrahenten vorhanden sind. Dass aber bei dem Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters zwei Kontrahenten

in Thätigkeit treten, kann man nur dann annehmen, wenn man sich der Savignyschen Theorie anschliesst, nach welcher in denjenigen Fällen, in denen man von einem Vertragsschlusse zwischen dem direkten Stellvertreter und einem Dritten redet, der eigentliche Kontrahent nicht der Vertreter, sondern der Vertretene ist. Von dieser Theorie ausgehend, kann man allerdings die Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters mit dem Hinweise daraufhin behaupten, dass bei einem Vertragsschlusse des direkten Stellvertreters mit sich selbst als Privatperson in Wahrheit zwei Kontrahenten vorhanden sind, der Vertreter und der Vertretene, dass ferner bei einem Selbstkontrahiren des gemeinsamen direkten Stellvertreters zweier Personen der Vertrag in Wirklichkeit durch die beiden Vertretenen geschlossen wird. Die Frage nach der Möglichkeit des Selbstkontrahirens des direkten Stellvertreters kann also nur beantwortet werden, wenn man zuvor geprüft hat, ob in den Fällen, in denen man von einem Vertragsschlusse des direkten Stellvertreters mit dritten Personen spricht, der Vertreter auch in Wirklichkeit der Kontrahent ist, oder ob nicht vielmehr der Vertrag in Wahrheit zwischen dem Vertretenen und dem dritten geschlossen wird. Je nach dem Ausfalle dieser Untersuchung wird die Möglichkeit eines Vertragsschlusses des direkten Stellvertreters mit sich selbst zu behaupten oder zu bestreiten sein.

Es ist also unumgänglich nothwendig, zunächst auf das Wesen der direkten Stellvertretung genauer einzugehen.

Schliesst jemand als direkter Stellvertreter eines andern, ohne seine Vertretungsbefugniss zu überschreiten, mit einem Dritten einen Vertrag, erklärt er also ausdrücklich oder stillschweigend, dass er nicht in eigenem Namen, sondern im Namen seines Machtgebers handele, so wird, wie Römer zutreffend bemerkt, der Stellver-

treter aus dem Vertrage weder berechtigt noch verpflichtet; die Wirkungen aus dem Rechtsgeschäfte entstehen vielmehr unmittelbar für und gegen den Vertretenen, ohne erst durch die Person des Vertreters hindurchzugehen.

Wie ist diese Erscheinung zu erklären? Savigny und mit ihm viele andere Autoren sind der Ansicht, dass aus dem Vertrage keine Obligation für und gegen den Stellvertreter deshalb hervorginge, weil der eigentliche Kontrahent nicht der Vertreter, sondern der Vertretene sei; der sogenannte Stellvertreter sei lediglich Bote des Vertretenen, seine Thätigkeit sei auf die Erklärung des Willens des Machtgebers beschränkt. Der Vertrag werde geschlossen durch die wechselseitige Einwilligung des Vertretenen und des Dritten; dass der eine der beiden Kontrahenten, der Vertretene, seinen Willen nicht selbst erkläre, sondern denselben durch eine andere Person erklären lasse, sei völlig unerheblich.

Diese Theorie ist von der herrschenden Meinung — unseres Erachtens mit Recht — verworfen worden. Der Stellvertreter ist nicht identisch mit einem Boten, er tritt nicht als Organ der Aeusserung des Willens seines Machtgebers auf, sondern er bringt seinen eigenen Willen zum Ausdruck. Die Erklärung des Willens des Stellvertreters bewirkt zusammen mit der korrespondirenden Willenserklärung des Dritten den Vertragsschluss. Weil aber der Vertretene durch die Vollmachtsertheilung an den Vertreter den Willen ausgesprochen hat, aus den von dem letzteren geschlossenen Verträgen berechtigt und verpflichtet zu werden[1]), so wird das vom Stellvertreter vorgenommene Rechtsgeschäft bezüglich der Wirkungen so behandelt, als wäre es nicht vom Vertreter, sondern von Vertretenen abgeschlossen. Es treten dieselben Wirkungen ein, die entstanden sein würden, wenn statt

1) In den Fällen der gesetzlichen Vertretung muss ein solcher Wille des Vertretenen fingirt werden.

der Willenserklärung des Vertreters eine Willenserklärung völlig gleichen Inhalts und völlig gleicher Art[1]) seitens des Vertretenen erfolgt wäre: es entspringen also aus dem Vertrage keine Wirkungen für und gegen den Stellvertreter, trotzdem er der eigentliche Kontrahent ist, wohingegen der Vertretene, obschon er bei dem Vertragsschlusse gar nicht betheiligt ist, direkt berechtigt und verpflichtet wird. Die Rechtsordnung knüpft an das Handeln des Vertreters die genannten Wirkungen, wie schon erwähnt, deshalb, weil der Vertretene will, dass der Vertrag vom Stellvertreter geschlossen werde, dass aber die Rechte und Verbindlichkeiten aus diesem Vertrage für bezw. gegen ihn, den Vertretenen, entstehen. Keineswegs führt aber der Wille des Vertretenen, wie Savigny lehrt, in Verbindung mit dem Willen des Dritten den Vertragsschluss herbei, sondern dies bewirkt zusammen mit dem Willen des Gegenkontrahenten der Wille des Vertreters.[2]) Letzterer ist also der eigentliche Kontrahent.

In welcher Weise wir auf Grund dieser Erwägungen die Frage nach der Möglichkeit des Selbstkontrahirens beantworten müssen, ist schon oben angedeutet worden. Offenbar haben wir ein derartiges Rechtsgeschäft des direkten Stellvertreters für unmöglich zu erklären. Da bei einem Vertragsschlusse des direkten Stellvertreters dieser, und nicht der Vertretene, der wirkliche, eigentliche Kontrahent ist, so kann er nicht in seiner Eigenschaft

1) cf. Windscheid: Pandecten. VII. Aufl. Bd. I § 73. S. 185 f.

2) Es kann vorkommen, dass der Wille, welchen der Vertretene bei Ertheilung der Vollmacht zum Ausdruck gebracht hat, inhaltlich mit dem vom Stellvertreter beim Vertragsschluss erklärten Willen genau übereinstimmt (z. B. bei der Specialvollmacht). Aber auch für diesen Fall muss daran festgehalten werden, dass beim Vertragsschlusse der Wille des Vertreters, nicht der des Vertretenen, in Thätigkeit getreten ist.

als Vertreter mit sich als Privatperson oder mit sich als Vertreter eines Dritten einen Vertrag schliessen. In beiden Fällen ist nur eine Person vorhanden, während doch zum Abschlusse eines Vertrages unbedingt das Vorhandensein zweier Kontrahenten erforderlich ist.

Das Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters ist also aus demselben Grund unmöglich, aus dem auch ein Vertragsschluss einer Privatperson oder eines indirekten Stellvertreters undenkbar erscheint: Ueberall macht das Fehlen des zweiten Kontrahenten einen Vertragsschluss unmöglich.

Nun könnte man allerdings den Einwand machen:[1])

Trotz des Mangels eines zweiten Kontrahenten ist ein Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters nicht ausgeschlossen. Denn zum Zustandekommen eines Vertrages ist nicht sowohl das Vorhandensein zweier Kontrahenten als vielmehr dasjenige zweier Willen erforderlich. Regelmässig sind zwar bei dem Abschlusse eines Vertrages zwei Personen vorhanden, die beiden Willen können aber auch in einer einzigen Person vereinigt sein. Dieser — allerdings ungewöhnliche — Fall liegt bei dem Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters vor. Derselbe vereinigt in sich zwei Willen; er hat einen Willen in seiner Eigenschaft als Stellvertreter und einen zweiten Willen als Privatperson bezw. als Vertreter eines Dritten. Durch die wechselseitige Aeusserung[2]) dieser beiden in

---

1) Dies geschieht von Römer (a. a. O. S. 69); cf. darüber Muskat S. 519. Auch die Motive zum „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“ (Amtliche Ausg. Bd. I S. 224) nehmen an, dass der Stellvertreter in seinem Innern einen Doppelwillen fassen könne.

2) Römer (S. 69) scheint zum Zustandekommen eines vom Stellvertreter mit sich selbst geschlossenen Vertrages die im Innern des Vertreters sich angeblich vollziehende Einigung der beiden Willen für genügend zu erachten, ohne eine besondere

der Person des Stellvertreters vereinigten Willen wird der Vertrag geschlossen.

Eine solche Annahme ist jedoch nach psychologischen Grundsätzen unhaltbar. Eine Person kann nicht Träger zweier, von einander unabhängiger Willen sein. „Niemand kann weder in eigenem noch in fremdem Namen seine Seele in zwei Hälften spalten und diese Hälften mit einander verhandeln und kontrahiren lassen.“ [1])

Man kann allerdings von einem „Mit sich einig werden“ des Stellvertreters reden; man kann sich sehr wohl denken, dass der Stellvertreter, der zwischen sich und seinem Machtgeber ein Geschäft zu stande bringen will, Erwägungen von entgegengesetzten Gesichtspunkten aus anstellt, dass er z. B. zunächst nur seine eigenen Interessen berücksichtigt, darauf versucht, sich möglichst in die Lage des von ihm Vertretenen hineinzuversetzen und nun von dessen Standpunkt aus die Zweckmässigkeit des vorzunehmenden Geschäfts prüft, dass er schliesslich nach einem Abwägen der für und gegen die Vornahme des Geschäfts sprechenden Momente mit sich einig wird und diesem Einigwerden Ausdruck verleiht.

Ein derartiger Vorgang ist aber von einer wechselseitigen Einwilligung, wie sie zum Abschlusse eines Vertrages gefordert wird, durchaus verschieden.

Bei einem solchen „Mit sich einig werden“ des Stellvertreters liegt nicht eine Einigung zweier, selbständiger Willen, sondern ein einheitlicher Willensentschluss vor.

Willenserklärung für nöthig zu halten. Im Gegensatze dazu fordert das Reichsgericht (Entsch. in Civilsachen Bd. VI S. 16 unter Nr. 3) ausdrücklich eine gegenseitige Erklärung des Vertragswillens. Dieselbe soll derart sein, dass sie eine einseitige Zurücknahme nicht gestattet. Die Ansicht des Reichsgerichts wird auch in den Motiven zum Entwurfe eines bürgerl. Ges.-Buches vertreten. Bd. I. S. 224.

1) Bechmann, Kauf, Bd. II S. 288.

Beispielsweise bildet der Stellvertreter jemandes, der für sich ein Darlehen in der Weise aufzunehmen beabsichtigt, dass er als Stellvertreter seines Prinzipals sich selbst als Privatperson ein Darlehen giebt, nicht zwei selbständige Willen (nämlich einmal den Willen, als Stellvertreter sich selbst als Privatperson ein Darlehen zu geben, und zweitens den Willen, als Privatperson dieses Darlehen von sich als Stellvertreter zu nehmen), sondern er fasst lediglich den einen Entschluss, durch die Entnahme einer bestimmten Summe aus dem Vermögen des Vertretenen sich dem letzteren gegenüber darlehensmässig zu obligiren.[1])

Wenn wir hierbei einen Gläubiger- und einen Schuldnerwillen unterscheiden, so ist dies nur in der Weise möglich, „wie wir verschiedene Seiten eines und desselben Gegenstandes zur Betrachtung ziehen können.“[2]) Ebenso wie wir aber in diesem letzteren Falle uns immer vergegenwärtigen müssen, „dass die verschiedenen Seiten nicht real auseinanderfallen, sondern unzertrennbar verbunden sind[3]), müssen wir auch stets, wenn wir bei einem „Mit sich einig werden“ des Stellvertreters von einem Gläubiger- und einem Schuldnerwillen reden, im Auge behalten, dass in Wirklichkeit nur ein einheitlicher Willensentschluss vorliegt.

Infolgedessen ist auch bei einem solchen Handeln des Stellvertreters nicht eine wechselseitige Willenserklärung möglich, sondern nur eine einseitige. Würde in dem oben angeführten Beispiele der Stellvertreter erklären: „Ich als Stellvertreter gebe mir als Privatperson ein Darlehen“ und sodann: „Ich als Privatperson nehme dieses Darlehen von mir als Stellvertreter“, so würden diese Aeusserungen keine gegenseitige Willenserklärung darstellen, vielmehr wäre durch dieselben ein und der-

1) Ob ein solches Rechtsgeschäft des Stellvertreters erlaubt ist, wird später erörtert werden.

2) und 3) Rümelin. Seite 16.

selbe Entschluss lediglich zweimal in verschiedenen Wendungen ausgesprochen.[1])

Da also die Annahme, dass bei dem Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters zwei in der Person des Vertreters vereinigte Willen in Thätigkeit treten und das Rechtsgeschäft schliessen, nicht haltbar ist, so müssen wir bei dem bereits gefundenen Resultate stehen bleiben, dass ein Vertragsschluss des direkten Stellvertreters mit sich als Privatperson oder mit sich als Vertreter eines Dritten unmöglich ist.

§ 3.

Wir haben nunmehr das Selbstkontrahiren im uneigentlichen Sinne, d. h. die Vornahme einseitiger aber mit Vertragswirkungen verbundener Rechtsgeschäfte seitens des Stellvertreters einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Ohne weiteres kann man unseres Erachtens Rümelin[2]) darin beipflichten, dass eine Anknüpfung von Vertragswirkungen an ein einseitiges Handeln des Stellvertreters nicht etwas Widersinniges, etwas Undenkbares ist. Es ist in der That nicht einzusehen, weshalb eine Rechtsordnung gehindert sein sollte, diejenigen Wirkungen, die sie in der Regel nur auf Grund von Verträgen entstehen lässt, auch bei Vornahme gewisser einseitiger Rechtsgeschäfte seitens des Stellvertreters eintreten zu lassen.

Es bedarf also bei einer Betrachtung des Selbstkontrahirens in dieser uneigentlichen Bedeutung einer Prüfung der begrifflichen Möglichkeit eines solchen Rechtsgeschäfts nicht; man wird vielmehr — die Möglichkeit voraussetzend — lediglich zu prüfen haben, ob und in wie weit dasselbe in den einzelnen Rechtssystemen anerkannt wird.

---

1) cf. Rümelin, S. 17.

2) Rümelin S. 18.

Dass eine Rechtsordnung zur Entstehung von Vertragswirkungen ein einseitiges Handeln des Stellvertreters als genügend ansieht, darf natürlich nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen gefolgert werden.[1]) Die Zulassung des Selbstkontrahirens in dem oben angegebenen Sinne kann nur dann behauptet werden, wenn in dem betreffenden Rechtssysteme besondere, die Gültigkeit derartiger Rechtsgeschäfte aussprechende Normen vorhanden sind. Um mit Recht die Anerkennung des Selbstkontrahirens[2]) annehmen zu können, genügt es also nicht, dass dasselbe nicht verboten ist; es muss vielmehr ausdrücklich gestattet sein.

Zur Lösung unserer Aufgabe, d. h. zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfange das Selbstkontrahiren des Stellvertreters nach gemeinem Rechte zulässig ist, müssen wir daher das gemeinrechtliche Quellenmaterial einer Prüfung unterwerfen, und zwar werden wir uns zunächst der Betrachtung der justinianeischen Codifikation zuwenden, worauf wir dann später zu untersuchen haben werden, ob die in der Codifikation Justinians enthaltenen Rechtsnormen auch für das heutige gemeine Recht Geltung haben oder ob hier das Selbstkontrahiren in anderer Weise behandelt wird.

Dass das Selbstkontrahiren des Stellvertreters allgemein zulässig gewesen sei, findet man in der Justinianeischen Codifikation nirgend ausgesprochen.

---

1) Diejenigen Autoren, welche ein Selbstkontrahiren des Stellvertreters im Sinne eines Vertragsschlusses mit sich selbst für denkbar halten, folgern die Möglichkeit und die Zulässigkeit dieses Rechtsgeschäfts aus allgemeinen Rechtsprinzipien, z. B. dem Begriffe des Vertrages, dem Wesen der direkten Stellvertretung.

2) Wir werden von nun an das Wort „Selbstkontrahiren“ nur noch im Sinne Rümelins gebrauchen, also darunter die Vornahme einseitiger, aber mit Vertragswirkungen verbundener Rechtsgeschäfte seitens des Stellvertreters verstehen.

Man hat zwar den Beweis der allgemeinen Gültigkeit des Selbstkontrahirens in einigen Stellen finden wollen, welche davon reden, dass ein Mensch duorum vicem oder duorum personam zu sustiniren im Stande sei.[1]) Namentlich kammt hier l. 1 § 4 dig. de stip. serv. 45.3 in Betracht: communis servus duorum servorum personam sustinet. In Wirklichkeit kann diese lex gar nicht als Beleg für die Gültigkeit des Selbstkontrahirens verwerthet werden; sie besagt nur, dass eine Stipulation, welche von einem im Miteigenthume zweier Herren stehenden Sklaven mit einem anderen, einem der beiden Herren allein gehörigen Sklaven eingegangen ist, die Wirkungen zweier Stipulationen in sich vereinigt, dass mithin der gemeinsame Sklave eigentlich die Rollen zweier Sklaven spiele. Durchaus unzulässig wäre es, wenn man hieraus schliessen wollte, dass jemand die Wirkungen, die sonst nur durch das Zusammenwirken zweier Kontrahenten erzeugt werden, auch durch sein einseitiges Handeln hervorzubringen vermöchte.[2])

Nach dem Rechte der justinianeischen Codifikation war demnach das Selbstkontrahiren des Stellvertreters nicht allgemein zulässig.

---

1) S. namentlich Grünhut, Kommissionshandel S. 484.

2) So wenig die erwähnte Digestenstelle als Beweis der Zulässigkeit des Selbstkontrahirens verwendet werden kann, ebenso wenig kann als Beleg der Unzulässigkeit desselben die l. 9 pr. dig. de pactis 2,14, namentlich der Passus: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat angeführt werden. In dieser lex wird lediglich erklärt, dass, wenn mehreren Mündeln eine einzige Forderung zustehe, der gemeinschaftliche tutor bei der Gläubigerabstimmung über einen Zwangsvergleich nur eine Stimme habe, da überhaupt eine einzige Person bei solchen Abstimmungen nicht leicht zweimal gezählt werde.

Die Worte: nam difficile est, ut etc. enthalten übrigens eine durchaus ungenügende Begründung, wie dies mit Recht schon von Cuiaz betont worden ist.

Dieses Resultat erscheint durchaus erklärlich, wenn man folgende Gesichtspunkte berücksichtigt.

Das römische Recht kennt im Allgemeinen bloss die indirekte oder mittelbare Stellvertretung, die direkte lässt es nur in ganz geringem Umfange zu.[1]) Wenn aber eine Rechtsordnung es nicht allgemein, sondern nur ausnahmsweise gestattet, dass jemand als Vertreter eines andern ohne Mitwirkung des letzeren zwischen diesem und einer dritten Person Vertragswirkungen hervorbringt, dann wird diese Rechtsordnung es auch schwerlich allgemein zulassen, dass jemand, ohne dass es der Thätigkeit des Vertretenen bedarf, direkt Vertragswirkungen zwischen dem Vertretenen und sich selbst erzeugt. Undenkbar wäre es allerdings nicht, dass ein Rechtssystem die direkte Stellvertretung nur in beschränktem Umfange, das Selbstkontrahiren dagegen allgemein zuliesse; denn der Ausschluss der direkten Stellvertretung macht es lediglich unmöglich, dass jemand als Vertreter eines Andern mit einem Dritten Verträge mit der Wirkung schliesst, dass aus ihnen der Vertretene und der Dritte unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden; dagegen folgt aus dem Fehlen der direkten Stellvertretung nicht nothwendigerweise, dass jemand auch gehindert ist, durch sein einseitiges Handeln Vertragswirkungen zwischen sich und dem Vertretenen herzustellen. Aber es ist doch, wie oben bemerkt, in hohem Grade unwahrscheinlich, dass eine Rechtsordnung, welche im Prinzipe die direkte Stellvertretung nicht zulässt, eine allgemeine Gültigkeit des Selbstkontrahirens des Stellvertreters statuiren sollte.

Ist schon aus diesem Grunde der Standpunkt des römischen Rechts begreiflich, so wird derselbe noch in weit höherem Masse erklärlich, wenn wir bedenken, welche Gefahren für die Vertretenen eine allgemeine

---

1) Cf. darüber Windscheid, Pandecten I S. 182 u. 183.

Zulassung des Selbstkontrahirens des Stellvertreters in einem Rechtssystem mit sich bringen würde, wie leicht die Vertretenen durch eine ungenügende Wahrnehmung ihrer Interessen seitens des von dem Rechte des Selbstkontrahirens Gebrauch machenden Stellvertreters benachtheiligt werden könnten.

Die Interessen zweier Personen, welche mit einander ein Rechtsgeschäft eingehen wollen, sind in der Regel entgegengesetzte.

Trotz dieses Widerstreites der Interessen ist es nun allerdings meistens sehr wohl möglich, dass eine Person die Rollen der beiden, bei einem Vertragsschlusse einander gegenüber stehenden Kontrahenten ohne Benachtheiligung eines der Interessenten in sich vereinigt, dass eine Person also durch ihr einseitiges Handeln Vertragswirkungen zwischen sich und einem von ihr Vertretenen bezw. zwischen zwei von ihr Vertretenen herbeiführt, ohne die Interessen des Vertretenen bezw. eines der beiden Machtgeber zu verletzen. Nur wenige Rechtsgeschäfte giebt es, bei denen eine genügende Wahrnehmung der Interessen zweier Personen durch einen Einzelnen von vornherein als ausgeschlossen gelten muss[1]; in den meisten Fällen vermag eine einzige Person in der That die widerstreitenden Interessen zweier Parteien durchaus gleichmässig zu wahren.

Besonders deutlich tritt diese Möglichkeit, wie das Reichsgericht mit Recht bemerkt, da hervor, wo der Stellvertreter auf den Inhalt eines vorzunehmenden Rechtsgeschäfts gar keinen Einfluss hat, wo vielmehr dieser Inhalt durch einen der Einwirkung des Stellvertreters entzogenen Umstand (z. B den Ausgang einer Auktion, das Ermessen eines Dritten, den zeitweiligen Marktpreis) festgesetzt werden soll oder durch genaue Vorschriften

1) Zu Geschäften dieser Art gehören namentlich die Speculationsgeschäfte.

der Vertretenen vorgezeichnet ist, so dass der Vertreter lediglich die Person zu wählen hat, mit der er das Geschäft abschliessen will. Beispielsweise wäre jemand, der als Vertreter einer Person eine bestimmte Anzahl von Werthpapieren sofort zum Tageskurse verkaufen und als Vertreter eines Andern eine gleiche Anzahl derselben Werthpapiere sofort zum Tageskurse kaufen soll, wohl im Stande, die Interessen seiner beiden Machtgeber durchaus gleichmässig zu wahren, wenn er die beabsichtigten Geschäfte durch Selbstkontrahiren d. h. dadurch ausführen wollte, dass er als Vertreter des einen die betreffenden Werthpapiere an sich als Vertreter des andern verkaufte.

Aber auch in den Fällen[1]) erscheint eine beiden Theilen gerecht werdende Vertretung der Interessen zweier Personen durch einen einzelnen möglich, in welchen dem Stellvertreter ein Einfluss auf den Inhalt des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts eingeräumt ist und die in's Auge gefassten Bestimmungen des Geschäfts desto günstiger für die eine Person sind, je ungünstiger sie sich für die andere gestalten. Es ist nämlich hier zu berücksichtigen, dass die beiden einander gegenüber stehenden Parteien zwar zunächst entgegengesetzte Erfolge erstreben, dass sie aber beide, wenn eine vollständige Verwirklichung ihrer Ansprüche zur Zeit als aussichtslos erscheint, in der Regel, um nicht das beabsichtigte Geschäft ganz aufgeben zu müssen, ihre Forderungen etwas ermässigen und sich mit dem augenblicklich Erreichbaren begnügen. „Beispielsweise wird es allerdings zunächst im Interesse des Verkäufers liegen, einen möglichst hohen Preis für seine Sache zu erhalten, aber immerhin wird er gewöhnlich dieselbe etwas billiger

1) Die hier zu Grunde gelegten Ausführungen des Reichsgerichts (Entsch. in Civilsachen Bd. VI S. 14) sind mit Unrecht von Lepa (Selbsteintritt des Kommissionärs S. 234 f.) angegriffen.

ablassen wollen, als ganz auf den Verkauf verzichten. Ebenso wird es sich auf Seiten des Käufers verhalten.“ [1]) Dadurch, dass beide Theile ihre Ansprüche etwas herabsetzen, wird es ermöglicht, dass der Widerstreit der beiderseitigen Interessen in Uebereinstimmung übergeht, und zwar erfolgt die Auflösung der Interessenverschiedenheit dann, „wenn die Bedingungen des vorzunehmenden Geschäfts als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Teile erreichbar günstigsten erscheinen.“ [2]) In der Regel prüft nun allerdings jeder der beiden Interessenten von seinem Standpunkte aus, ob wirklich die Geschäftsbestimmungen derartige sind, dass vortheilhaftere für ihn augenblicklich nicht erlangt werden können: es kann aber auch eine Person allein, indem sie die Nützlichkeit des Geschäfts sowohl vom Standpunkt der einen wie von demjenigen der anderen Partei erwägt, in völlig unparteiischer und zutreffender Weise die Prüfung vornehmen, ob die Bedingungen eines vorzunehmenden Geschäfts für beide Teile „die erreichbar günstigsten“ sind.

Die Möglichkeit liegt also, wie wir gesehen haben, in der That vor, dass ein Einzelner die Interessen zweier Parteien gehörig berücksichtigt; das Selbstkontrahiren braucht mithin nicht nothwendig, wie Lepa [3]) behauptet, die Benachtheiligung eines Interessenten mit sich zu bringen.

Aber es ist die grosse Gefahr vorhanden, dass der als Selbstkontrahent auftretende Stellvertreter mit der eingeräumten Befugniss Missbrauch treibt, dass er, anstatt die Vor- und Nachtheile eines Geschäfts nicht nur von seinem, sondern auch von dem Standpunkte des von

1) Rümelin, Seite 27.
2) Reichsgericht. Entsch. in Civils. Bd. VI S. 14.
3) Lepa S. 234.

ihm Vertretenen, oder wenn er gemeinsamer Vertreter zweier ist, vom Standpunkte beider Machtgeber aus zu prüfen, lediglich seine eigenen Interessen oder nur diejenigen eines der beiden Vertretenen unter Hintansetzung der Interessen der Gegenpartei berücksichtigt. Besonders gefährdet erscheint der Vertretene da, wo der Stellvertreter zwischen dem ersteren und sich selbst ein Geschäft zu Stande bringen will, wo der Vertreter also Selbstinteressent ist. Hier wird der Stellvertreter nur zu leicht der Versuchung unterliegen, — unbekümmert um die Interessen seines Prinzipals — für die Gestaltung der Geschäftsbestimmungen allein seinen eigenen Vortheil als ausschlaggebend anzusehen.

Gegen einen solchen Missbrauch des Rechts des Stellvertreters, Rechtsgeschäfte durch Selbstkontrahiren zu schliessen, kann bei einer allgemeinen Zulassung des Selbstkontrahirens der Vertretene nur ungenügend geschützt werden. Sein Recht, die vom Stellvertreter vorgenommenen Geschäfte in den Fällen, in denen sich derselbe dolos oder culpos benommen hat, anzufechten sowie sein Anspruch auf Schadensersatz werden häufig von sehr geringem Werthe sein[1]) und sich praktisch nicht verwerthen lassen, da der Beweis, dass der Stellvertreter keine unparteiische Prüfung der Nützlichkeit des Geschäfts angestellt, sondern einseitig die Interessen eines Betheiligten berücksichtigt hat, oft sehr schwer zu führen oder gar nicht zu erbringen sein wird.

Da also die allgemeine Anerkennung des Selbstkontrahirens des Stellvertreters in einer Rechtsordnung die Gefahr einer Benachtheiligung des Vertretenen in sich birgt, so erscheint es durchaus begreiflich[2]), dass die

1) Cf. Motive zum Entwurf, Bd. I S. 224.

2) Ausserdem war im römischen Rechte gar kein Bedürfniss nach einer allgemeinen Zulassung des Selbstkontrahirens des Stellvertreters vorhanden; ein solches Bedürfniss machte sich

Justinianeische Codification dem Selbstkontrahiren keine allgemeine Gültigkeit zugeschrieben hat.

In den folgenden Abschnitten werden wir sehen, dass das römische Recht, wenn es auch von einer principiellen Anerkennung des Selbstkontrahirens des Stellvertreters weit entfernt war, doch nicht soweit gegangen ist, das Selbstkontrahiren vollständig auszuschliessen, dass es vielmehr in einigen wenigen Fällen an einseitige Rechtsgeschäfte des Stellvertreters in der That Vertragswirkungen geknüpft hat.

Es mag jedoch gleich hier bemerkt werden, dass die vom Justinianeischen Rechte über das Selbstkontrahiren entwickelten Grundsätze nicht für alle Arten von Vertretern galten, dass sie nämlich keine Anwendung auf die Specialbevollmächtigten fanden[1]).

Bevollmächtigte jemand eine Person, durch einen Vertragsschluss mit einem Dritten ein bestimmtes Rechtsgeschäft zwischen diesem und ihm, dem Prinzipal, zu Stande zu bringen und erlaubte er gleichzeitig dieser Person, das Geschäft auch unmittelbar zwischen sich und ihm, dem Vollmachtgeber, abzuschliessen, so lag es nahe, anzunehmen, dass der Vollmachtgeber dem Specialbevollmächtigten neben der Vollmacht, das bestimmte Rechtsgeschäft im Namen des Prinzipals mit Dritten zu schliessen, eine Offerte zum Abschluss des betreffenden Geschäfts zwischen sich, dem Bevollmächtigten, und dem Prinzipal gemacht; dass also der Specialbevollmächtigte, wenn er das Rechtsgeschäft zwischen sich und dem Vollmachtgeber zu Stande brachte, die Offerte des letzteren acceptirt habe. Wegen der bequemen Verwerthbarkeit der Offertkonstruktion wurden infolgedessen die Vertragswirkungen nicht sowohl auf ein einseitiges Handeln

nur bei einer sehr beschränkten Zahl von Geschäften fühlbar. Vergl. darüber Rümelin S. 54—81.

1) cf. Rümelin S. 249—275.

des Specialbevollmächtigten, als auf einen regelrechten, zwischen diesem letzteren und dem Vollmachtgeber abgeschlossenen, Vertrag zurückgeführt[1]). Die Konstruktion des Selbstkontrahirens in den Fällen der Specialvollmacht findet man nirgends in der Justinianeischen Codification verwandt. Wir können deshalb die Specialbevollmächtigten ganz aus unseren Betrachtungen ausscheiden[2]).

§ 4.

Untersuchen wir nunmehr, in welchem Umfange das römische Recht ein Selbstkontrahiren der Stellvertreter (mit Ausschluss der Specialbevollmächtigten) zugelassen hat.

Als erstes Beispiel eines gültigen Selbstkontrahirens des Stellvertreters tritt uns in den Quellen das sibi solvere[3]) entgegen. Es wird in verschiedenen Stellen erklärt, dass der Stellvertreter, der Schuldner seines

---

1) Für das heutige gemeine Recht wird dasselbe zu gelten haben. Auch hier wird man die zwischen Vollmachtgeber und Specialbevollmächtigten erzeugten Vertragswirkungen nicht aus einem Selbstkontrahiren des letzteren, sondern aus dem Accepte einer vom Prinzipal an den Specialbevollmächtigten gerichteten Offerte Seitens des letztgenannten ableiten müssen.

2) Wenn wir in den folgenden Abschnitten von Stellvertretern schlechthin reden, so werden darunter die gesetzlichen Vertreter, die Generalbevollmächtigten und die negotiorum gestores verstanden. Die Specialbevollmächtigten sind immer ausgenommen.

3) Das römische Recht gebraucht hier die Fiction, dass der Stellvertreter mit sich selbst einen Vertrag schliesse. Diese bequeme fictive Ausdrucksweise wird nur angewandt, um anzudeuten, dass an das Handeln des Stellvertreters Wirkungen geknüpft werden, wie sie sonst nur durch den Abschluss von Verträgen hervorgebracht werden. Dass ein Vertragsschluss des Stellvertreters mit sich selbst als etwas Unmögliches angesehen werden muss, ist im zweiten Paragraphen erörtert worden.

Prinzipals ist, an sich selbst als Vertreter erfüllen, dass er durch sein einseitiges Handeln Eigenthum auf den Vertretenen solutionis causa übertragen könne[1]). Ein einseitiger Akt des Stellvertreters hat also in diesem Falle diejenige Wirkung, die in der Regel nur durch einen Traditionsvertrag hervorgebracht wird.

Von den hierher gehörigen Quellenstellen kommen namentlich folgende in Betracht.

l. 9 § 4 dig. de adm. et per. tut. 26, 7: sed si sub usuris gravioribus patri pupilli pecuniam debuit, quam sint pupillares, videndum est an ei aliquid imputetur. et si quidem solvit, nihil est quod ei imputetur: potuit enim solvere nec onerare se usuris: si vero non solvit, usuras cogendus est agnoscere, quas a se exigere debuit.

l. 7 § 5 dig. eod.: vertisse in suos usus non accipimus eum, qui debitor patris pupilli fuit, deinde ipse sibi non solvit: hic enim eas usuras praestabit, quas patri promiserat.

Ein weiterer Fall einer selbstkontrahirten Solutionstradition ist in l. 34 pr. dig. de neg. gest. 3, 5 enthalten: divortio facto negotia uxoris gessit maritus: dos non solum dotis actione, sed verum negotiorum gestorum servari potest. haec ita, si in negotiis gestis maritus dum gerit facere potuit: alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. sed hic quidam modus servandus est, ut ita querelae locus sit „quantum facere potuit, quamvis postea amiserit“ si illo tempore ei solvere potuit: non enim e vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redigendam . . . .[2]).

---

1) Von einer anderen Bedeutung des „sibi solvere“ wird im folgenden Abschnitte die Rede sein.

2) Ferner gehört hierher l. 31 dig. mand. 17, 1.

Man könnte die Beweiskraft der citirten Stellen für die Zulassung selbstkontrahirter Solutionstraditionen des Vertreters durch folgenden Einwand zu entkräften suchen:

In den genannten Quellenstellen ist immer nur von Geldforderungen die Rede. Das Eigenthum an den vom Vertreter gezahlten Geldstücken geht nun nicht auf Grund einer einseitigen, solutionis causa erfolgenden Tradition des Stellvertreters auf den Vertretenen über, sondern es wird — ohne Rücksicht darauf, ob der Vertreter die Absicht hat, den Vertretenen zum Eigenthümer des Geldes zu machen — dadurch auf den Machtgeber übertragen, dass die nummi des Stellvertreters mit den Geldstücken des Vertretenen vermischt werden.

Dieser Einwand ist jedoch hinfällig, da die Quellen nicht ausschliesslich von Geldforderungen sprechen. Die l. 34 pr. dig. de neg. gest. 3, 5 erklärt, dass ein Ehemann, welcher nach Trennung der Ehe die Geschäfte seiner bisherigen Ehefrau führt, seine Verpflichtung, die dos zurückzugeben, in der Weise erfüllen könne und unter Umständen auch erfüllen müsse, dass er die dos an sich als negotiorum gestor seiner Frau restituire; durchaus unberechtigt wäre die Annahme, dass diese dos nur in Geld bestanden habe[1]).

Wir sehen also, dass es in der That nach römischem Rechte dem Vertreter möglich war, durch einseitigen Akt Eigenthum solutionis causa auf den Vertretenen zu übertragen.

Ausdrücklich ist in den Quellen die Zulässigkeit eines solchen Selbstkontrahirens nur für den tutor, den negotiorum gestor und den Generalbevollmächtigten ausgesprochen; wir dürfen aber das für diese Arten von Stellvertretern gefundene Resultat unbedenklich auf die Vertreter von juristischen Personen ausdehnen.

1) cf. Rümelin S. 105.

Das Eigenthum an den Erfüllungsobjekten geht auf Grund selbstkontrahirter Solutionstraditionen des Vertreters nach der Ansicht Rümelins[1]) nur dann auf den Vertretenen über, wenn bei der Vornahme eines solchen einseitigen Rechtsgeschäfts seitens des Stellvertreters ein „äusserlich erkennbarer und kontrollirbarer Vorgang, ein Vorgang, wie er beim constitutum possessorium erforderlich ist", sich abspielt. Diese Meinung ist unseres Erachtens durchaus richtig. Ein gültiges Selbstkontrahiren des Stellvertreters kann nur dann als vorliegend angenommen werden, wenn ein erkennbarer Akt stattfindet, der den Vertreter daran hindert, das Rechtsgeschäft nach seinem Belieben wieder rückgängig zu machen.

Es ist nunmehr die Frage zu prüfen, ob durch die einseitigen Solutionstraditionen des Stellvertreters eine direkte Liberirung desselben herbeigeführt wurde. In den Seite 31 angeführten Quellenstellen wird dieser Punkt nicht besonders erörtert. Es ist in ihnen immer nur von einem sibi solvere[2]) des Vertreters die Rede; auf die Liberationswirkung einer solchen Zahlung wird dagegen nicht eingegangen.

Dass jedenfalls eine Selbstzahlung des tutor eine unmittelbare Befreiung desselben nicht zur Folge hatte, lehrt uns eine Betrachtung der l. 69 dig. de fidej. et

---

1) S. 108.

2) Aus dem Gebrauche des Wortes „solvere" lässt sich nicht schliessen, dass die Selbstzahlung des Vertreters eine unmittelbare Liberirung desselben bewirkte; denn solvere kann ebensowohl bedeuten: „mit befreiender Wirkung zahlen" als auch: „ohne liberirende Wirkung solutionis causa Eigenthum übertragen". Vergl. als Beispiel für ein solvere in der zweiten Bedeutung Gaius II. § 184: itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur.

mand. 46, 1[1]). In derselben erklärt der Jurist, dass ein Vormund, welcher sich dem Vater seines Mündels gegenüber für die Schuld eines Dritten verbürgt habe, durch Zahlung an den Mündel sua auctoritate interposita weder sich noch den Hauptschuldner befreien könne. Hat aber ein solvere des tutor an den pupillus tutore auctore — ein Rechtsgeschäft, bei dem beide Personen thätig werden — keine direkte Liberationswirkung für den Vormund, dann wird eine solche doch ganz sicher nicht bei einer Selbstzahlung, bei einem einseitigen, ohne Mitwirkung des Mündels stattfindenden Handeln des Vormundes eintreten[2]).

Eine unmittelbare Liberirung des tutor war also mit dem sibi solvere desselben nicht verbunden, wohl aber eine indirekte[3]). Die mittelbare Befreiung erfolgte da-

1) Tutor datus eius filio, cui ex fidejussoria causa obligatus erat, a semet ipso exigere debet, et quamvis tempore liberatus erit, tamen tutelae judicio eo nomine tenebitur, item heres eius, quia cum eo ab tutelam, non ex fidejussione agitur. et quamvis non quasi fidejussor, sed quasi tutor solverit, etiamsi tempore liberatus est, mandati actionem eum habere adversus reum promittendi dixi. haeret enim in utraque causa adhuc illius debiti persecutio, nam eius solutione liberavit reum promittendi obligatione, in quam pro reo fidejusserat, et non titulus actionis, sed debiti causa respicienda est. licet enim is tutor, qui fidejussor apud pupillum pro reo est obligatus, solvit se auctore pupillo, quia reo promittendi liberato et ipse tutor idemque fidejussor liberabitur, quod sua auctoritate efficere non potest, tamen et si non pro se solvendi animo, sed pro Titio fecit, ut maxime eum liberet, habebit cum eo mandati actionem.

2) cf. Muskat S. 527 oben.

3) Denn sonst wäre es vollständig unverständlich, dass man dem Vormunde unter Umständen die Verpflichtung auferlegte, eine Selbstzahlung vorzunehmen. — Cf. die zutreffende Bemerkung Bechmanns (Kauf II. S. 289): „Nicht die Zahlung des Vormundes an sich selbst befreit ihn, sondern die dadurch erzeugte Bereicherung des Mündels.“

durch, dass man dem Vormunde gegen Ansprüche des Mündels die exceptio doli gewährte. Man verfuhr hierbei, wie Rümelin[1]) ausführt, nach denselben Grundsätzen, nach denen man einem Dritten die exceptio doli gab, der ohne auctoritas tutoris an den Mündel gezahlt hatte.

Die exceptio steht demgemäss dem Vormunde zu, wenn durch die Selbstzahlung eine Bereicherung des pupillus herbeigeführt worden ist. Bei einem, durch Schuld des tutor bewirkten, späteren Wegfalle der Bereicherung erlischt die exceptio, sie dauert dagegen bei zufälligem Aufhören der Bereicherung fort; in dem letzteren Falle muss der Vormund seine Schuldlosigkeit beweisen.

Ohne weiteres kann man unseres Erachtens annehmen, dass die Folgen, welche sich an ein sibi solvere des tutor knüpfen, auch bei den einseitigen Solutionstraditionen der übrigen Vertreter eintreten, dass also auch hier lediglich eine indirekte Liberation stattfindet; jedoch muss für die negotiorum gestores eine Ausnahme gemacht werden.

Da bei der negotiorum gestio der dominus negotii die Wahl hat, ob er dem Geschäfte durch seine ratihabitio für sich bindende Kraft geben will oder ob er seine Genehmigung versagen und dadurch das Entstehen einer Obligation für und gegen sich, den dominus, verhindern will, so wäre es durchaus unangemessen, wenn man den negotiorum gestor dem ratihabirenden dominus gegenüber nur indirekt befreien würde; man muss daher bei dem sibi solvere des negotiorum gestor direkte Liberation eintreten lassen.

Das Resultat ist mithin folgendes:

Einseitige Solutionstraditionen des Vertreters bewirken den Uebergang des Eigenthums an den Erfüllungs-

3) Rümelin S. 114–119.

objekten auf den Vertretenen und führen eine mittelbare Befreiung des Stellvertreters herbei; eine direkte Liberirung ist nur mit den Selbstzahlungen des negotiorum gestor verbunden.

§ 5.

Nachdem wir gesehen haben, dass der Vertreter eine Selbstzahlung in der Weise vornehmen konnte, dass er Gegenstände aus seinem Vermögen in das des Vertretenen brachte, werden wir nunmehr das sibi solvere des Stellvertreters in einer andern Bedeutung kennen lernen.

Nach römischem Rechte konnte der Vertreter an sich selbst auch dergestalt erfüllen, dass er Gegenstände aus dem Vermögen des Vertretenen in sein eigenes brachte[1]); der Stellvertreter, der Gläubiger seines Machtgebers war, vermochte durch einseitige Solutionstraditionen das Eigenthum an Vermögensstücken des Prinzipals auf sich zu übertragen.

Auf dieses sibi solvere, das zweifellos einen weiteren Fall eines gültigen Selbstkontrahirens darstellt, beziehen sich folgende Quellenstellen:

l. 9 § 5 dig. de adm. et per. tut. 26,7: sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere quod sibi debetur potest, si creditor fuit patris pupilli: nam et sibi solvere potest, si modo fuit pecunia unde solvat, et si usurae fuerunt graviores quae ei debebantur, relevabitur eis pupillus, quia tutor se potuit liberare, sicut aliis quoque solvere et potuit et debuit.

l. 34 § 2 dig. de neg. gest. 3,5: sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit: vel eo invento quod accessionum

1) Allerdings nicht allgemein. cf. S. 38 u. 39.

nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset vel quod per eum esset adquisitum non ex re emptoris, nec invenit nec recepisset nec esset in ipsis emptoris negotiis quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet[1]).

Aus der ersten citirten Stelle ersehen wir zunächst, dass der tutor, dem eine Geldforderung gegen den pupillus zusteht, durch eine einseitige Solutionstradition das Eigenthum an den Erfüllungsobjekten auf sich übertragen kann[2]).

Der Einwand, dass die aus dem Vermögen des Vertretenen entnommenen nummi in das Eigenthum des Vertreters durch commixtio oder consumptio übergingen, erscheint ungerechtfertigt; hätten die Quellen den Eigenthumsübergang an derartige factische Vorgänge knüpfen wollen, so würden sie nicht den Ausdruck „solvere" gebraucht und damit die Eigenthumsübertragungsabsicht des Stellvertreters betont haben.

Die zweite angeführte lex beweist die Möglichkeit einer einseitigen Eigenthumsübertragung vom Vertretenen auf den Vertreter behufs Erfüllung einer Speciesobligation.

1) Ferner ist zu erwähnen: l. 3 § 4—6 dig. de contr. tut. 27,4; l. 12 dig. de neg. gest. 3,5; l. 78 § 1 dig. de contrah. empt. 18,1.

2) Muskat (a. a. O. S. 526) ist der Ansicht, dass ein solches Selbstkontrahiren des Vormundes durch den bekannten Satz des römischen Rechts: in rem suam auctorem tutorem fieri non posse ausgeschlossen werde; denn man könne doch unmöglich annehmen, dass der Wille des Vormundes allein einen Rechtseffect zu erzeugen vermöge, der nicht durch den Willen des tutor zusammen mit demjenigen des pupillus hervorgebracht werden könnte. Muskat übersieht, dass der genannte Grundsatz nicht überall ausnahmslos gilt, dass er vielmehr in den Fällen, in denen ein Selbstkontrahiren des tutor zugelassen ist, als durchbrochen, die Interponirung der auctoritas des Vormundes in eigener Sache also hier ausnahmsweise als statthaft angesehen werden muss.

Die Stelle besagt, dass ein Verkäufer, welcher die negotia emptoris führt, in gewissen Fällen eine mangelhafte Sache nicht zurückzunehmen brauche. Die Redhibitionspflicht sei beispielsweise ausgeschlossen, wenn der verkaufte Sklave schlechter geworden sei oder der durch ihn — nicht ex re emptoris — gemachte Gewinn nicht zurückgegeben werden könnte, vorausgesetzt, dass im Vermögen des Käufers kein Geld zu einer sofortigen Entschädigung vorhanden sei.

Wie aus der Stelle unzweifelhaft hervorgeht, trat eine solche Befreiung von der Redhibitionspflicht nur ausnahmsweise ein; der negotiorum gestor musste in der Regel mangelhafte, von ihm verkaufte Sachen zurücknehmen und konnte dies dadurch bewerkstelligen, dass er als negotiorum gestor emptoris die Sachen an sich als Verkäufer zurücktradirte. Der negotiorum gestor vermochte mithin durch eine einseitige, allerdings erst durch die ratihabitio des dominus convalescirende, Solutionstradition das Eigenthum an einer Sache des Vertretenen auf sich zu übertragen.

Wir haben bisher gesehen, dass das römische Recht einseitige Solutionstraditionen des Vertreters an sich selbst zugelassen hat, soweit es sich um Geld- und um Speciesschulden handelt. Waren selbstkontrahirte Solutionstraditionen des Stellvertreters nun auch dann statthaft, wenn andere Sachen als Geld generell geschuldet wurden?[1])

Aus den Quellen lässt sich kein Nachweis hierfür erbringen. Es kann deshalb nicht mit Sicherheit behauptet werden, dass das römische Recht ein solvere

1) Zu einer Bejahung dieser Frage ist man, wie Rümelin (S. 135) zutreffend bemerkt, leicht dann geneigt, wenn die generell geschuldeten Sachen Fungibilien sind, weit weniger dagegen für den Fall, dass Nichtfungibilien generell geschuldet werden.

des Vertreters für den Vertretenen an sich selbst allgemein bei allen Schulden als gültig erachtet habe.

Unerörtert ist bis jetzt die Frage geblieben, inwieweit der Vertretene durch eine Selbstzahlung des Vertreters befreit wurde, ob auch hier, wie bei der im vorhergehenden Abschnitte behandelten Selbstzahlung, eine lediglich indirekte, durch Gewährung einer exceptio doli vermittelte Liberation des Vertretenen stattfand, oder ob eine unmittelbare Befreiung desselben Platz griff.

Der Billigkeit entspricht allein die letztere Annahme. Man findet auch in den Quellen keine Anhaltspunkte dafür, dass nur eine indirekte Liberirung eingetreten wäre. Man darf deshalb unseres Erachtens unbedenklich die Behauptung aufstellen, dass die Vornahme einer einseitigen Solution des Vertreters für den Vertretenen an sich selbst — die Zulässigkeit derselben vorausgesetzt — eine unmittelbare Befreiung des Machtgebers zur Folge hatte.

Zum Schlusse bedürfen noch zwei Punkte einer Erwähnung.

Einmal muss der Vertreter, wenn die Selbstzahlung gültig sein soll, auch hier irgend einen erkennbaren, kontrollirbaren Akt vornehmen.

Sodann muss bemerkt werden, dass ein Selbstkontrahiren des Vertreters bei der Erbschaftsrestitution ex senatus consulto Trebelliano unstatthaft war, wie sich aus der l. 1 § 13 und 14 und der lex 38 § 1 dig. ad S. C. Treb. 36, 1 ergiebt[1]).

---

1) l. 1 § 13 dig. ad S. C. Treb. 36, 1: fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? et est decretum a divo Severo non posse tutori se auctore restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest. Allerdings ist ausdrücklich nur die Unzulässigkeit einer unter Interponirung der auctoritas des Vertreters vom Vertretenen an den ersteren erfolgenden Restitution ausge-

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, dass einseitige Solutionen des Vertreters für den Vertretenen an sich selbst — den Fall der Erbschaftsrestitution ex senatus consulto Trebelliano ausgenommen — zulässig waren, soweit es sich um Species- und um Geldschulden handelte, und dass diese Solutionen direkte Liberation des Vertretenen herbeiführten[1]).

§ 6.

Wir gelangen nunmehr zur Betrachtung eines dritten, wichtigen Falles des Selbstkontrahirens des Stellvertreters.

In den Quellen wird anerkannt, dass der Vertreter aus dem Vermögen des Vertretenen für sich ein Darlehn aufnehmen, dass er also durch sein einseitiges Handeln sich selbst zum Darlehnsschuldner seines Prinzipals machen kann.

Von einer solchen einseitigen Entnahme eines Darlehens spricht die l. 9 § 7 dig. de adm. et per. tut. 26, 7: non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, seque mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam proscribendo.

In dieser Stelle erklärt Ulpian zunächst, dass der Vormund, der Schuldner seines Mündels ist, nicht nur an sich als Vertreter des pupillus zahlen, sondern dass

sprochen, allein damit ist die Unzulässigkeit einer selbstkontrahirten Restitution des Vertreters von selbst gegeben: cf. darüber Rümelin S. 133.

1) In den Quellen wird an mehreren Stellen von einem sibi solvere des Erbschaftsbesitzers geredet. l. 31 § 1 und 2 dig. de her. pet. 5, 3; l. 95 § 8 dig. de sol. 46, 3; l. 25 § 2 dig. de her. pet. 5, 3. Dieses sibi solvere stellt keinen Fall des Selbstkontrahirens dar. Die hier erwähnten Wirkungen beruhen nicht auf einem Rechtsgeschäfte, sondern treten unmittelbar ex lege ein.

er auch sich quittiren könne; der tutor vermag sogar, fährt der Jurist fort, mittels Verschreibung zur Deckung des Mündels sich zum Darlehnsschuldner des pupillus zu machen[1]). Die angeführte lex ist sehr verschiedenartig ausgelegt worden.

a) Nach der Ansicht Rümelins[2]) besagt dieselbe folgendes:

Der tutor, welchem eine Forderung gegen den pupillus zusteht, kann nicht nur in seiner Eigenschaft als tutor an sich als Privatperson zahlen, sondern er kann auch Geld des Vertretenen als sich creditirt aufschreiben[3]), er vermag also dadurch, dass er sich schriftlich als Schuldner bekennt, eine Darlehnsschuld zu begründen.

Rümelin meint nun, dass dieses scribere oder proscribere des Vormundes in einem Eintrage in eins der von ihm geführten Bücher bestanden und dass es einen nothwendigen Bestandtheil des Geschäfts gebildet habe. Habe der tutor Geld aus dem Vermögen des pupillus genommen, ohne eine Buchung vorzunehmen, so sei keine Darlehnsobligation zu Stande gekommen; das Geschäft habe sich dann vielmehr als eine eigenmächtige Aneignung von Mündelgeld, als eine verbotene in usus versio Seitens des Vormundes charakterisirt.

Diese Interpretation Rümelins erscheint, wie Eck[4]) betont, schon deshalb bedenklich, weil sich nach derselben Ulpian eine „unerträgliche Tautologie“[5]) hätte zu

1) Auf diese — unseres Erachtens durchaus zutreffende — Weise interpretirt Eck in Goldschmidts Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 39 S. 270 die l. 9 § 7 cit.

2) Seite 164 ff.

3) Diese Auffassung des sibi creditam pecuniam scribere wird getheilt von Lepa S. 241 und Römer a. a. O. S. 73.

4) a. a. O. S. 269 u. 270.

5) Den Versuch Rümelins (S. 171), diese Tautologie durch die Annahme zu beseitigen, dass zunächst von dem Eigen-

Schulden kommen lassen; er würde zunächst dem tutor erlauben, sich schriftlich als Schuldner des creditirten Geldes zu bekennen, und in der zweiten Hälfte der Stelle ihm gestatten, sich durch schriftliches Bekenntniss als Darlehnsschuldner zu verpflichten. Die Ausführungen Rümelins sind aber auch gar nicht zutreffend. sibi creditam pecuniam scribere heisst nicht: sich als Schuldner bekennen. „Denn der römische Schuldner bekannte nicht ein credidisse des Gläubigers, sondern sein eigenes accepisse.“ Das scribere des Vormundes bedeutet vielmehr, wie oben erwähnt, „quittiren“.

b) Lepa[1]) behauptet, die l. 9 § 7 cit. enthalte gar keinen Fall eines Selbstkontrahirens. Wenn der tutor, um ein Darlehn zu bekommen, Geld aus dem Vermögen des pupillus entnehme, so hafte er diesem genau in derselben Weise, in der er überhaupt für Handlungen, die er bei der Verwaltung des Mündelvermögens vorgenommen, verhaftet sei. Auf die in dem Schuldbekenntnisse übernommene Verbindlichkeit sei die Haftung des Vormundes durchaus nicht notwendig beschränkt. Lepa scheint also anzunehmen, dass der Anspruch des Mündels auf Rückgabe des durch den Vormund entnommenen Geldbetrages nicht durch die Klage aus dem Darlehn, sondern durch die actio tutelae directa gesichert gewesen sei.

Diese Auffassung kann als zutreffend nicht bezeichnet werden, weil sie mit der vom Juristen ausdrücklich hervorgehobenen Darlehnsnatur des Geschäfts nicht zu vereinen ist.

thumsübergange des vom Vertreter entnommenen Geldes auf diesen und sodann von der darlehnsmässigen Obligirung des Vertreters die Rede sei, weist Eck mit Recht zurück.

1) Lepa S. 241. Aehnlicher Ansicht ist Bechmann, Kauf Bd. II S. 289 zu Nr. 4.

c) Römer folgert aus der l. 9 § 7 cit. nicht nur, dass der Vormund aus dem Vermögen des Mündels sich selbst ein Darlehn geben könne, sondern auch, dass er aus seinem eigenen Vermögen als tutor Geld darzuleihen vermöge, dass er also den pupillus zu seinem Darlehnsschuldner machen könne[1]): Mit Unrecht. In der genannten Stelle wird nur von der Entnahme eines Darlehns aus dem Vermögen des Vertretenen von Seiten des Vertreters geredet.

Der tutor kann sich gar nicht durch sein einseitiges Handeln zum Darlehnsgläubiger des Mündels machen, wie die l. 5 pr. dig. de auctoritate et consensu 26, 8 beweist: pupillus obligari tutori eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, dicendum est, altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed et si cum solus sit tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est daudam Divus Pius rescripsit.

Denn wenn durch das Zusammenwirken von Vormund und Mündel keine darlehnsmässige Verpflichtung des letzteren herbeigeführt werden kann, dann vermag noch viel weniger[2]) der tutor durch sein einseitiges Handeln den pupillus sich gegenüber ex mutuo zu obligiren.

---

1) Römer S. 73; ebenso Keller, Pandecten, II. Aufl. Bd. II § 432 S. 283 und Reichsgericht, Entsch. in Civils. Bd. VI S. 15 u. 17. Diese Interpretation wird von Windscheid, Pandecten VII. Aufl. Bd. II § 440 S. 601 Anm. 8 für bedenklich erklärt; von Lepa (S. 240), Muskat (S. 529) und Rümelin wird dieselbe verworfen.

2) Römer (S. 83) verkennt dieses.

d) Muskat[1]) ist der Ansicht, dass die Entnahme eines Darlehns aus dem Vermögen des pupillus seitens des Vormundes nur bei Beobachtung der in der l. 54 dig. de adm. et per. tut. 26, 7[2]) enthaltenen Vorschriften zulässig, also vor Allem nur dann statthaft sei, wenn der Mitvormund dem tutor das Darlehn gegeben habe. Dagegen könne der Vormund nicht einseitig aus dem Mündelvermögen ein Darlehn für sich entnehmen. Die l. 9 § 7 cit. behandle auch gar nicht dieses unzulässige Rechtsgeschäft, dieselbe besage vielmehr folgendes:

„Der tutor kann in der Erwartung, dass der contutor ihm ein Darlehn gewähren werde, einen Darlehnsschuldschein ausstellen. Hierdurch wird er sich insofern obligiren können, als ihm nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr die querela non numeratae pecuniae zusteht."

Auf diese Ausführungen Muskats ist zunächst zu erwidern, dass gar nicht einzusehen ist, inwiefern aus der l. 54 cit. die Unzulässigkeit einer einseitigen Darlehnsaufnahme durch den tutor folgt. Diese lex spricht allerdings nur von dem Falle, dass der Vormund das aus dem Mündelvermögen stammende Darlehn vom Mitvormunde erhält, sie sagt aber durchaus nicht, dass der tutor nicht auch auf andere Weise ein Darlehn aus dem Vermögen des pupillus bekommen könne, sie schliesst

1) S. 531.

2) Non existimo maximis usuris subjiciendum eum, qui a contutoribus suis mutuam pecuniam pupilli accepit et cavit certasque usuras promisit, quas et alii debitores pupillo dependunt, quia hic sibi non consumpsit nec clam nec quasi sua pecunia licenter abutitur et, nisi his usuris a contutore mutuum ei daretur, aliunde accepisset: et multum refert, palam aperteque debitorem se ut extraneum et quemlibet faceret pupillo an sub administratione tutelae pupillique utilitate latens sua commoda pupilli pecunia juvaret.

namentlich nicht eine einseitige Darlehnsaufnahme aus dem Mündelvermögen aus.

Sodann ist die l. 9 § 7 cit. unzutreffend interpretirt; dass die Stelle die von Muskat hineingelegte Bedeutung gar nicht haben kann, ergiebt sich, wie Rümelin[1]) bemerkt, schon daraus, dass das römische Recht zur Zeit des Juristen Marcellus, auf den sich Ulpian beruft, die querela non numeratae pecuniae und den zwei Jahre nach Ausstellung eines Schuldscheines eintretenden Ausschluss des Beweises, dass das Darlehn in Wirklichkeit nicht gegeben worden sei, noch gar nicht kannte.

Wir gelangen nunmehr zu einer Prüfung der Frage, ob die Entnahme eines Darlehns aus dem Mündelvermögen seitens des Vormundes allgemein oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig war.

Es leuchtet ein, dass die Lage des pupillus eine sehr gefährdete gewesen wäre, wenn der tutor die Geschäftsbestimmungen nach seinem Belieben hätte gestalten dürfen; denn der Vormund hätte seine Befugniss zum Selbstkontrahiren leicht zum Nachtheile seines Mündels gebrauchen können.

Ueber den Standpunkt des römischen Rechts giebt uns nun die l. 54 dig. cit. Aufschluss. Der tutor, der von dem contutor aus dem Vermögen des Mündels ein Darlehn erhalten hat, wird nur dann als Darlehnsschuldner behandelt, wenn der Darlehnsvertrag „palam aperteque“ zu Stande gekommen ist und von dem Vormunde diejenigen Zinsen versprochen sind, die der Mündel auch sonst hätte bekommen können. Sind diese Erfordernisse nicht erfüllt, so wird erklärt, dass der tutor sich einer eigenmächtigen, verbotenen Verwendung von Mündelgeld in eigenen Nutzen schuldig gemacht habe und infolgedessen zur Zahlung höchster Zinsen verpflichtet sei.

---

1) Seite 164.

Diese Grundsätze sind auch auf die einseitige Darlehnsaufnahme aus dem Mündelvermögen anzuwenden.

Bei der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäfts muss zunächst alles offen und ehrlich vor sich gehen; beispielsweise muss die Zuziehung von Zeugen und die Errichtung einer Schuldurkunde stattfinden. Ferner ist es nothwendig, dass die Interessen des pupillus genügend gewahrt, dass namentlich demselben Zinsen in der üblichen Höhe zugesichert werden. Werden diese Vorschriften verletzt, so liegt eine in usus versio des Mündelvermögens vor; der tutor muss in diesem Falle höchste Zinsen zahlen.

In den Quellen ist ausdrücklich nur die Entnahme eines Darlehns aus dem Vermögen des pupillus seitens des Vormundes für zulässig erklärt worden. Wir dürfen aber unbedenklich annehmen, dass unter denselben Voraussetzungen, unter denen diese statthaft war, auch die übrigen Vertreter einseitig ein Darlehn aus dem Vermögen der Vertretenen für sich nehmen konnten. Nur für die Staats- und Gemeindebeamten galten besondere Bestimmungen. Diesen Beamten war die Entnahme eines Darlehns aus den die amtlichen Gelder enthaltenden Kassen nur dann gestattet, wenn ihnen der Kaiser besonders die Vornahme solcher Geschäfte erlaubt hatte [1]).

§ 7.

Als letztes Beispiel eines einseitigen, mit Vertragswirkungen verbundenen Rechtsgeschäfts des Vertreters

1) c. 1 C de his quae ex publ. collat. illata sunt non usurp. 10,75: nullus judicum id, quod a re publica ex collatione susceperit mutui interventione opposita vel invadat vel conetur invadere.

c. 2 eod.: nullus penitus ex eo quod refertur in conditis vel in arca continetur ad quemlibet titulum usurpet, nisi forte praesumendi facultatem sublimium potestatum jussione perceperit.

tritt uns in den Quellen der — allerdings nur beschränkt zulässige — selbstkontrahirte Kauf von Sachen des Vertretenen durch den Vertreter entgegen.

Im Allgemeinen war es dem Stellvertreter verboten, Sachen seines Prinzipals zu kaufen[1]). Dieses, sich auf alle Arten von Vertretern erstreckende, Verbot umfasste sowohl den Consensual- wie den Natural- oder Realkauf. Das vom Vertreter der genannten Vorschrift zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft war nichtig.

Das römische Recht hat jedoch dieses Prinzip, nachdem es dem Vertreter untersagt war, seinem Machtgeber gehörige Sachen zu kaufen, nicht vollständig durchgeführt; es hat dasselbe nicht auf den Auktionskauf angewandt.

Wurden Sachen des Vertretenen versteigert, so war es dem Vertreter unbenommen, dieselben zu kaufen.

Einen solchen Auktionskauf konnte nun der Stellvertreter auch durch Selbstkontrahiren zu Stande bringen. Hielt er nämlich selbst die Auktion ab, so durfte er sich selbst den Zuschlag ertheilen, er kaufte also in diesem Falle Sachen seines Prinzipals in seiner Eigenschaft als Privatperson von sich als Vertreter seines Machtgebers. Die Zulässigkeit derartiger selbstkontrahirter Auktionskäufe ist anerkannt in der l. 2 § 8 und 9 dig. pro emptore 41, 4:

---

1) l. 34 § 7 dig. de contr. empt. 18,1: tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.

l. 46 dig. eod. tit.: non licet ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam: alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini, et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam id concessum est. Vergl. auch l. 5 § 2—4 dig. de auct. et cons. tut. 26,8.

§ 8. tutor ex pupilli auctione rem, quam eius putabat esse, emit. Servius ait posse eum usucapere: in cuius opinionem decursum est eo, quod deterior causa pupilli non fit, si propius habet emptorem, et, si minoris emerit, tutelae judicio tenebitur ac si alii minoris addixisset: idque et a divo Trajano constitutum dicitur.

§ 9. procuratorem quoque, qui ex auctione, quam mandatu domini facit, emerit, plerique putant utilitatis causa pro emptore usucapturum. idem potest dici et si negotia domini gerens ignorantis emerit propter eandem utilitatem.

In dem in der citirten lex behandelten Falle bringt der die Sachen seines Prinzipals in der Auktion verkaufende Stellvertreter auch eine einem dritten gehörige Sache zur Versteigerung, da er irrthümlicher Weise annimmt, dass sie dem Vertretenen gehöre, und zwar kauft der Vertreter diese Sache selbst. Es wird nun in der Stelle erklärt, dass der Stellvertreter diese res tertii ersitzen könne. Daraus aber, dass der Vertreter auf Grund eines selbstkontrahirten Auktionskaufs die Sache eines Dritten ersitzen kann, folgt, dass er durch einen solchen Kauf an einer wirklich dem Vertreter gehörigen Sache das Eigenthum zu erwerben vermag[1]). Ein einseitiger, vom Stellvertreter in der Auktion vorgenommener Kauf von Sachen des Vertretenen war mithin durchaus wirksam.

Fitting[2]) meint, die angeführte lex spreche sowohl von dem Auktionskaufe einer fremden wie von demjenigen einer dem Vertretenen gehörigen Sache. Es werde hier utilitatis causa ausnahmsweise eine Ersitzung der vom Vertreter gekauften Sache zugelassen, und zwar eine Ersitzung ohne Titel; denn ein Kauf von sich

---

1) In beiden Fällen wird natürlich Zahlung des Kaufpreises vorausgesetzt.

2) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 51, S. 249 ff.

selbst sei wie überhaupt das Selbstkontrahiren etwas begrifflich Unmögliches, etwas Nichtiges und könne deshalb keinen titulus abgeben. Weil aber der Vertretene dadurch, dass der Vertreter in der Auktion an sich selbst verkaufe, keinen Nachtheil erleide, habe das römische Recht trotz der Nichtigkeit des Geschäfts die Möglichkeit der Ersitzung der gekauften Sache durch den Stellvertreter statuirt.

Gegen diese Ausführungen Fittings ist einzuwenden:

Der Jurist hat nur an den Auktionskauf einer fremden Sache, die der Vertreter irrthümlich für eine solche des Vertretenen hält, nicht aber an den Kauf einer wirklich im Eigenthume des Prinzipals stehenden Sache gedacht. Die Worte: „quam eius putabat esse“ lassen sich mit der Interpretation Fittings nicht wohl in Einklang bringen. Sodann fällt die Behauptung, dass der Verkauf an sich selbst etwas Undenkbares sei, in sich zusammen, sobald man den selbstkontrahirten Kauf nicht als einen vom Vertreter mit sich abgeschlossenen Kaufvertrag, sondern als einseitiges, aber die Wirkungen der emptio venditio erzeugendes Rechtsgeschäft des Stellvertreters auffasst. Endlich hat Fitting nicht den geringsten Beweis dafür erbracht, dass die Römer, von den gewöhnlichen Grundsätzen abweichend, in dem uns beschäftigenden Beispiele eine Ersitzung ohne Titel zugelassen haben. Es muss vielmehr, wie oben bemerkt, angenommen werden, dass in der l. 2 cit. die Ersitzung der fremden Sache deshalb möglich war, weil der selbstkontrahirte Auktionskauf des Vertreters einen verus titulus abgab.

Nach der Ansicht Rudorffs[1]) handelt es sich in der l. 2 cit. nicht um einseitige Rechtsgeschäfte des

1) Rudorff: Das Recht der Vormundschaft, Bd. II § 149 S. 473 Note 8 und 9. Cf. auch Bartolus: Comm. in dig. nov. Basil. p. 237.

Stellvertreters, sondern um einen regelrechten, zwischen dem kaufenden tutor bezw. procurator einerseits und dem verkaufenden contutor bezw. Mitprocurator andererseits abgeschlossenen Kaufvertrag.

Diese Auslegung ist mit Recht als mit dem Wortlaute der erwähnten lex nicht im Einklange stehend zurückgewiesen worden[1]). Aus derselben geht deutlich hervor, dass der kaufende Stellvertreter und nicht ein Mitstellvertreter die Auktion veranlasst hat.

Lepa behauptet, der Stellvertreter habe in den hier fraglichen Beispielen allerdings die Auktion veranlasst, er habe sie aber nicht persönlich vorgenommen Die Römer hätten die Besorgung von Versteigerungen stets einem Auktionator, einer die Abhaltung von Versteigerungen gewerbsmässig betreibenden Person übertragen[2]). Eine solche Mittelsperson müsse auch im vorliegenden Falle als Versteigerer gedacht werden; von ihr habe der Stellvertreter gekauft.

Auch diese Meinung kann nicht als richtig betrachtet werden. Mag auch die Zuziehung eines besonderen Auktionators die Regel gewesen sein: in der l. 2 cit. ist von einer durch den Stellvertreter persönlich vorgenommenen Versteigerung die Rede: der Vertreter wird ausdrücklich als der addicens, als der den Zuschlag Ertheilende genannt.

Römer beschränkt die Zulässigkeit des Kaufs von Sachen des Vertretenen durch den Vertreter nicht auf den Kauf in der Auktion, er hält vielmehr jeden selbstkontrahirten Kauf für statthaft, sofern er nur offen und

---

1) Namentlich von Lepa (S. 246), Muskat (S. 539), Römer (S. 85), Rümelin (S. 184).

2) Lepa S. 248 und 249; ebenso Bechmann. Cf. insbesondere Mommsen im Hermes Bd. XII. S. 88 und Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. XIII. S. 360.

ehrlich zu Stande kommt. Römer[1]) beruft sich auf die c. 5 C. de contr. empt. 4, 38:

cum ipse tutor nihil ex bonis pupilli, quae distrahi possunt, comparare palam et bona fide prohibetur, multo magis uxor eius hoc facere potest.

Hierauf ist von Rümelin[2]) mit Recht erwidert worden, dass die Stelle die Entscheidung eines concreten Falles durch Rescript enthält. Es sind in derselben die Voraussetzungen, unter denen ein Kauf von res pupilli durch den tutor zulässig war, nicht vollständig angegeben, es werden vielmehr von den zur Gültigkeit eines solchen Kaufs gehörigen Erfordernissen zwei hervorgehoben: offener Hergang bei dem Abschlusse des Geschäfts und bona fides des Vormundes. Dass ein selbstkontrahirter Kauf nur in der Auktion erlaubt war, wird nicht besonders erwähnt.

War nun der selbstkontrahirte Auktionskauf des Stellvertreters ein Consensual- oder ein Naturalkauf?

Unseres Erachtens konnte der Vertreter durch Selbstkontrahiren in der Auktion nur einen Naturalkauf zu Stande bringen, mit anderen Worten: Der Stellvertreter vermochte durch sein einseitiges Handeln nur den sofortigen Austausch der Leistungen des Verkäufers und des Käufers (Gewähren des Habens der verkauften Sache auf der einen, Zahlung des Kaufpreises auf der andern Seite) ohne Vermittlung von Obligationen zu be-

1) S. 92—93.

2) Rümelin S. 195 u. 196. Derselbe weist darauf hin, dass das spätkaiserliche Recht die Befugnisse des tutor nicht erweitert, sondern im Gegentheil beschränkt hat und es deshalb im höchsten Grade unwahrscheinlich ist, dass Diocletian den Satz: „tutor rem pupilli emere non potest“ in so weitem Umfange, wie Römer annimmt, aufgehoben haben sollte.

wirken.[1]) „Nachdem konstatirt ist, dass kein höheres Gebot als das von dem die Versteigerung leitenden Vertreter abgegebene erfolgt, kann der letztere den Zuschlag an sich selbst in der Weise ertheilen, dass er durch einen den Erfordernissen der brevi manu traditio entsprechenden Akt das Eigenthum der Kaufsache auf sich überträgt, während er andererseits durch einen dem constitutum possessorium entsprechenden Akt Eigenthum an der dem Gebote entsprechenden Anzahl von nummi für den Vertretenen erwirbt.“[2])

Einen Konsensualkauf dagegen konnte der Vertreter durch Selbstkontrahiren deshalb nicht zu Stande bringen, weil das römische Recht bei dem Konsensualkaufe keine direkte Stellvertretung zuliess. Wie wir gesehen haben, ist es zwar nicht undenkbar, aber doch höchst unwahrscheinlich, dass eine Rechtsordnung in einem Falle dem Vertreter gestatten sollte, Vertragswirkungen für den Vertretenen sich selbst gegenüber hervorzubringen, wo sie es nicht erlaubt, dass der Stellvertreter für den von ihm Vertretenen Vertragswirkungen dritten Personen gegenüber herbeiführt.

Uebrigens wird der Kauf in der Auktion nur selten als Konsensualkauf vorkommen, in der Regel wird er auf unmittelbares Zahlen des Kaufpreises und gleichzeitiges Verschaffen der Waare gerichtet sein, sich also als Naturalkauf charakterisiren.

Rümelin[3]) beschränkt das Selbstkontrahiren des Stellvertreters in der Auktion ebenfalls auf den Natural-

1) Anderer Meinung sind Muskat (S. 539) und Schirmer. (Zeitschr. für Civilrecht und Prozess, Bd. 16 S. 42—45.)

2) Rümelin S. 190.

3) S. 190 ff.

kauf, gleichwohl hält er einen selbstkontrahirten Auktionskreditkauf des Vertreters nicht für ausgeschlossen.

Er begründet seine Ansicht in folgender Weise: Nach römischem Rechte habe eine Schuld durch Fiktion einer duplex numeratio in eine Darlehensschuld verwandelt werden können. Durch Zuhülfenahme einer solchen Fiktion sei nun auch ein selbstkontrahirter Auktionskreditkauf des Vertreters möglich geworden. Man habe fingirt, der versteigernde, an sich selbst verkaufende Stellvertreter zahle den Kaufpreis sofort, gebe aber die gezahlten nummi unmittelbar darauf sich selbst wieder als Darlehen zurück. Allerdings sei das Rechtsgeschäft nur dann gültig gewesen, wenn der Vertreter ein scribere, einen Eintrag in seine Bücher vorgenommen habe, denn von einer solchen Buchung sei ja überhaupt die Gültigkeit einer einseitigen Entnahme eines Darlehens aus dem Vermögen des Vertretenen durch den Vertreter abhängig gewesen.[1]) Bei den Auktionskreditkaufe habe nun der Stellvertreter den betreffenden Eintrag während der Auktion in das Auktionsinstrument machen müssen: widrigenfalls sei der Kauf nichtig gewesen.

Rümelin findet auch in der l. 47 § 6 dig. de adm. et per. tut. 26, 7[2]) ein quellenmässiges Beispiel eines selbstkontrahirten Auktionskreditkaufes.

Diese Ausführungen hat Eck[3]) mit Recht zurückgewiesen. Nur bei Vorhandensein ausdrücklicher Ge-

1) Darüber s. S. 41 u. 42.

2) altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. respondi secundum ea quae proponuntur pupillo usuram, non compendium praestandum.

3) cf. sein Referat über das Werk Rümelins in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 271.

setzesbestimmungen könnte man annehmen, dass das römische Recht, welches die Schuldumwandlung durch fingirte duplex numeratio lediglich als jus singulare anerkannte, dem Stellvertreter gestattet habe, nach seinem Belieben eine Kaufgeldschuld in eine Darlehensschuld umzuwandeln. Derartige gesetzliche Vorschriften fehlen aber vollständig. Die l. 47 § 6 cit. spricht nicht von einer Schuldumwandlung. Der dort behandelte Auktionskauf ist überdies gar nicht ein durch Selbstkontrahiren des Vertreters bewerkstelligter Kauf. Verkäufer ist nicht der tutor[1]), sondern ein besonders hinzugezogener Auktionator.

Es bleibt noch zu erwähnen, dass nicht alle Vertreter in der Auktion durch selbstkontrahirte Käufe Sachen der Vertretenen erwerben durften, dass vielmehr für die Staats- und Gemeindebeamten besondere Grundsätze galten. Ebenso wie es diesen Beamten im Allgemeinen verboten war, aus den von ihnen verwalteten Kassen einseitig ein Darlehen zu entnehmen[2]), war es ihnen — abgesehen von besonderer Konzession — auch untersagt, bei Versteigerungen, die sie selbst abhielten, Sachen des Staates oder der Gemeinden an sich selbst zu verkaufen.[3])

Zum Schlusse bedarf noch die Frage einer Erörterung, weshalb die Römer einen selbstkontrahirten Kauf des Stellvertreters für unzulässig erachteten und nur für den Auktionskauf eine Ausnahme machten.

Der Grund ist nach den zutreffenden Ausführungen Rümelins[4]) folgender.

---

1) Vergl. darüber namentlich Pernice, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. III., römische Abtheilung S. 69 Anm. 4.

2) Vergl. oben S. 46.

3) Dies ergiebt sich aus l. 46 dig. de contr. empt. 18,1 oben S. 46.

4) Rümelin S. 210 ff.

Da die Römer keinen Normalpreis kannten [1]), erschien eine Kontrolle darüber, ob bei einem selbstkontrahirten Kaufe der vom Vertreter gezahlte Kaufpreis ein angemessener war, schwierig, oft geradezu unmöglich. Bei der einseitigen Entnahme eines Darlehens aus dem Vermögen eines Vertretenen war es ungleich leichter zu prüfen, ob die Interessen des Vertretenen durch den Vertreter hinreichend wahrgenommen, ob namentlich genügende Zinsen gezahlt bezw. versprochen seien; man brauchte nur auf den ortsüblichen Zinssatz zurückzugehen. Einen solchen Ausgangspunkt hatte man aber für das über die Nützlichkeit des Geschäfts für den Vertretenen urtheilende arbitrium boni viri beim selbstkontrahirten Kaufe nicht. Woran sollte man sich halten, um nachträglich festzustellen, ob das gezahlte pretium „justum, aequum“ gewesen sei? Man erklärte deshalb, um den Vertretenen gegen Uebervortheilungen seitens des Vertreters zu sichern, das Selbstkontrahiren beim Kauf im Allgemeinen für unzulässig.

Bezüglich des Auktionskaufes standen derartige Bedenken der Anerkennung des Selbstkontrahirens nicht entgegen.

Hier war der Vertreter dadurch, dass das Rechtsgeschäft öffentlich abgeschlossen wurde, dass insbesondere der Stellvertreter, wenn er die Sachen seines Prinzipals kaufen wollte, selbst das höchste Gebot machen musste, hinreichend gegen einen Missbrauch des Selbstkontrahirungsrechtes von Seiten des Vertreters geschützt.

§ 8.

Die in den vorhergehenden Abschnitten behandelten Rechtsgeschäfte: Solutionen einer Person an sich selbst als Vertreter einer andern, Solutionen des Vertreters für

1) Darüber namentlich Bechmann, Kauf Bd. II S. 348 ff

den Vertretenen an sich selbst als Privatperson, die Entnahme eines Darlehens aus dem Vermögen des Vertretenen seitens des Vertreters, endlich der Naturalkauf von Sachen des Vertretenen in der vom Vertreter abgehaltenen Auktion von Seiten des letzteren bilden die einzigen Fälle[1]), in denen nach dem Rechte der justinianeischen Codification ein Selbstkontrahiren des Stellvertreters zulässig war. Die Anerkennung des Selbstkontrahirens war also nur eine sehr beschränkte; von einer prinzipiellen Zulassung desselben war das justinianeische Recht so weit als möglich entfernt.[2])

Wir haben nunmehr zu prüfen, ob die erwähnten Bestimmungen des justinianeischen Rechts noch heute gemeinrechtlich gültig sind oder ob sie durch Gewohnheitsrecht oder Gesetz eine Abänderung erfahren haben.

Ein die Vorschriften der justinianeischen Codification in unserer Frage modificirendes gemeines Gewohnheitsrecht hat sich nicht gebildet. Eben so wenig sind gesetzliche Bestimmungen vorhanden, durch welche die Zulässigkeit des Selbstkontrahirens des Vertreters in einer von den Normen der Codification Justinians[3]) abweichenden Weise geregelt würde.

---

1) Römer (S. 75 u. 76) schliesst aus der l. 59 dig. de adm. et per. tut. 26,7 und der l. 44 dig. de pactis 2,14, dass das römische Recht auch einen selbstkontrahirten Vergleich des Vertreters zugelassen habe. Die in den genannten Stellen erwähnten Wirkungen sind jedoch nicht auf ein Rechtsgeschäft des Stellvertreters zurückzuführen; dieselben treten vielmehr unmittelbar ex lege ein. Vergl. Lepa S. 242—243; Muskat S. 532; Rümelin S. 201 ff.

2) Rümelin S. 207.

3) Durch die Novelle 72 cap. I—V hat Justinian später das Selbstkontrahiren des Vormundes ausgeschlossen. Die Vorschriften der Novelle 72 sind aber durch gemeines Gewohnheitsrecht beseitigt worden.

Infolge dessen haben die dort über das Selbstkontrahiren des Stellvertreters entwickelten Grundsätze für das heutige gemeine Recht volle Geltung.

Rümelin[1]) ist der Ansicht, dass das gemeine Recht das Selbstkontrahiren des direkten Stellvertreters prinzipiell zulasse, dass also die Stellung des gemeinen Rechts zur Selbstkontrahirungsfrage von dem Standpunkte, welchen das römische Recht eingenommen habe, gänzlich verschieden sei. Er hält nämlich ein Selbstkontrahiren direkter Stellvertreter bei allen Rechtsgeschäften, ausgenommen die abstracte Obligirung eines Vertretenen, die Auseinandersetzungsgeschäfte, wie Anerkennung, Vergleich, sowie Erb- und sonstige Vermögenstheilungen, für zulässig, „sofern a) der Selbskontrahirungsakt kontrollirbar und als ein nach dem Willen des Selbstkontrahenten bindender Akt erkennbar ist, und sofern b) das Geschäft nachweisbar zur Zeit seines Abschlusses dem Interesse des Vertretenen oder der beiden Vertretenen entspricht.“ Rümelin gelangt zu diesem Ergebnisse durch Analogieschlüsse aus den in der Codification Justinians zugelassenen Fällen des Selbstkontrahirens, indem er die Veränderungen im Rechtszustande, in den Verkehrsverhältnissen und Verkehrsanschauungen, namentlich die im gemeinen Recht vorhandene prinzipielle Anerkennung der direkten Stellvertretung sowie das gesteigerte Bedürfniss eines Selbstkontrahirens, hervorhebt.

Diesen Ausführungen Rümelins können wir uns nicht anschliessen. Eine solche allgemeine Zulassung des Selbstkontrahirens des Stellvertreters würde, wie schon oben bemerkt, die Vertretenen sehr gefährden und einer Uebervortheilung derselben durch den von der Befugniss des Selbstkontrahirens Gebrauch machenden Stellvertreter Thür und Thor öffnen. Der

---

1) Rümelin S. 242.

Vorschlag Rümelins, die Gültigkeit eines durch Selbstkontrahiren zu Stande gekommenen Geschäfts davon abhängig zu machen, dass seine Vornahme im Interesse des Vertretenen liegt, ist unpraktisch, da die Frage, ob ein Geschäft bei seinem Abschlusse als ein den Interessen des Vertretenen entsprechendes anzusehen ist, häufig sehr schwer zu beantworten oder überhaupt nicht zu entscheiden sein wird. „Die Römer haben also mit ihrer grundsätzlichen Negation des Selbstkontrahirens und ihren auf einzelne Fälle mit relativ fester Leistungspflicht beschränkten Ausnahmen das Richtige getroffen.“ [1] [2]

---

1) Eck in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 272—273 Derselbe weist auch darauf hin, dass es an und für sich ein bedenkliches Verfahren ist, ein geltendes Prinzip durch analoge Erstreckung der Ausnahmen in sein Gegentheil zu verkehren.

2) Dass die Zulassung des Selbstkontrahirens auch de lege ferenda sehr zweifelhaft ist, ergiebt sich aus der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Während nämlich der Entwurf in seiner ursprünglichen Fassung von einer prinzipiellen Zulässigkeit des Selbstkontrahirens ausging, bestimmt § 149 des Entwurfs zweiter Lesung:

Ein Vertreter kann, soweit ihm nicht ein Anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Hermann Viefhaus, am 26. Dezember 1871 zu Dortmund. Ich besuchte in den Jahren 1884 bis 1891 das dortige Städtische Gymnasium, verliess dasselbe Ostern 1891 mit dem Zeugnisse der Reife und studirte sodann die Rechtswissenschaft an den Universitäten Bonn, Leipzig und Berlin. Im Mai 1894 bestand ich die erste juristische Prüfung in Cöln und wurde darauf zum Gerichtsreferendar ernannt.